Juristische Abhandlungen

von

Nicolaus Thaddäus Gönner,

d. R. D. hochfürstlich-bambergischem Hof- und Regierungsrathe, ordentlichem öffentlichen Rechtslehrer und der Juristenfacultät Beysitzer auf der Universität zu Bamberg.

Bayerische Staatsbibliothek München

Erster Theil.

Bamberg
im Verlage bey Vinzenz Dederich.
1795.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Seinem Theuersten Freunde

Herrn

Johann Michael Seuffert,

d. R. D. hochfürstlich-würzburgischem Hof- und Regierungsrathe, geheimen Referentarius und Professor der Rechte

zum Beweise

seiner unbegränzten Verehrung

geweihet

von dem Verfasser.

Vorrede.

Meine theoretischen und practischen Berufsarbeiten führten mich auf manche Rechtsgegenstände, welche mir eine ausführliche Bearbeitung, oder eine Prüfung und Berichtigung der gewöhnlichen Begriffe und Grundsätze zu erfordern schienen. Ich lege die Resultate meiner Beobachtungen dem Publicum in einer Sammlung vor, und glaube,

daß

daß dieses Unternehmen einer besondern Rechtfertigung nicht bedürfe, da schon die Anzahl ähnlicher Schriften für ihren Nutzen und den Beyfall des Publicums Bürge ist. Nach Ostern erscheint der zweyte Band, dem auch noch mehrere folgen werden, wenn dieser Versuch eine geneigte Aufnahme findet. Bamberg im December 1794.

Inhalt.

Inhalt.

I. Kann in Deutschland durch Hausverträge der Landesnachfolger zu einer bestimmten Religion verbunden werden? Bey Gelegenheit des Pfalzbairischen Hausvertrags vom Jahre 1771. Nebst einem historischen Nachtrage. S. 1.

II. Kurze Darstellung des Gegenstandes, worüber im sechszehnten Jahrhunderte zwischen Brandenburg und Nürnberg unter dem Namen „fraischliche Obrigkeit„ gestritten wurde. Aus den Acten selbst geschöpft, zur Berichtigung der Cramerischen Nebenstunden. S. 50.

III. Von den Wirkungen der Eintrede des nicht gezahlten Geldes im Executivprocesse. S. 59.

IV. Prüfung des Satzes, daß Transacte streng zu interpretiren seyen, und Berichtigung der gewöhnlichen Begriffe von allgemeinen und besondern Transacten. S. 75.

V. Wenn der Beweis durch einen gleichen directen Gegenbeweis entkräftet wird; so muß nicht für den Beklagten, sondern wider den Beweisführer erkannt werden. S. 94.

VI. Von

VI. Von der Legitimation zur Sache und den Kennzeichen, nach welchen man bestimmen kann, ob ein Umstand zu dem Hauptbeweise, oder zu der Legitimation zur Sache gehöre. S. 101.

VII. Ueber den Begriff eines besondern Gesetzes, in Anwendung auf den bekannten Rechtssatz: durch ein allgemeines Gesetz wird ein besonderes nicht aufgehoben. S. 116.

VIII. Von der Vereinkindschaftung nach getrennter zwoten Ehe, insbesondere von der stillschweigenden Fortsetzung derselben unter dem überlebenden Stiefvater und den Stiefkindern, nach bambergischem Rechte. Ein Commentar über des bambergischen Landrechtes. Th. II. Cap. IV. Tit. II. S. 132.

I. Kann

I.

Kann in Deutschland durch Hausverträge der Landesnachfolger zu einer bestimmten Religion verbunden werden? Bey Gelegenheit des Pfalzbairischen Hausvertrags vom Jahre 1771 *).

I.

Religion ist gewiß einer der wichtigsten Gegenstände der Grundgesetze eines Staats. Von ihr hängen die Denkungsart eines Volks, seine Sitten, seine

*) Diese Abhandlung schrieb ich bey meinem Aufenthalte zu Göttingen im Jahre 1788, wo sie auch vom H. Hr. Schlözer in seine Staatsanzeigen (Jänner 1789). Band 12. Heft 48. S. 385. aufgenommen wurde. Wegen der Wichtigkeit des Gegenstandes, und weil diese Abhandlung in einer juristischen Sammlung noch nicht stehet, glaube ich, sie hier aufnehmen zu dürfen; im-

seine Treue gegen den Regenten, sein Eifer in Beobachtung der Gesetze hauptsächlich ab, sie verwebt sich so eng in die Staatsverfassung, auf ihrer ungestörten Erhaltung beruhet die innere Ruhe und die äußere Wohlfahrt so vieler Tausende. Beyspiele beweisen, wie wichtig sie jeder Nation war; da man in allen europäischen Staaten nicht nur über den Religionszustand im Staate, sondern auch über die Religionseigenschaft des Regenten Bestimmungen antrifft: Bestimmungen, welche sich entweder auf die Staatsverfassung, oder die Grundgesetze, oder das Herkommen begründen.

Zur Besteigung des Throns in Spanien und Portugal ist nur der Katholische fähig. Der Beherrscher Rußlands muß sich zur griechischen Religion bekennen. Die dänischen Grundgesetze verbinden den König, daß er der unverfälschten augsburgischen Confession zugethan sey, nur Lutherische können die schwedische Krone erhalten. In Großbrittanien muß nicht nur die regierende Person ein Mit-

indessen soll sie die einzige von meinen schon gedruckten Abhandlungen seyn, welche in dieser Sammlung vorkommen wird.

Mitglied der englischen Kirche seyn, sondern sie darf sich auch mit keiner katholischen Person vermählen. Und der türkische Thron mit dem Harem ist nur für Mohammedaner *).

Das Resultat dieser Beyspiele ist, daß in allen gesitteten Staaten der Regent der im Staate herrschenden Religion zugethan zu seyn pflege. Und in Wahrheit, da eine Religionsverschiedenheit des Regenten selten anders, als auf Kosten der im Staate herrschenden Religion eintritt: was ist dem Staatsbesten gemäßer, was vermag das Ansehen der Religion mehr zu befestigen, als daß der Regent selbst das beyspielvolleste Mitglied der herrschenden Kirche sey?

II.

Gehet man mit diesen Betrachtungen auf Deutschland über, so wird man sehen, daß auch dessen Grundgesetze mit dem angeführten übereinstimmen. So lange der Kaiser, die Stände und die Unterthanen nur eine, die katholische Religion bekannten:

*) Achenwalls Staatsverfassung ec. (6te Aufl.) Th. I. S. 150. 198. 300. Th. II. S. 470. 546. 628.

so lange war es auch, ohne irgend einem Grundgesetze, schon der Staatsverfassung wegen nothwendig, daß Deutschlands Oberherrn der katholischen Religion zugethan waren. Aber seit der großen Religionstrennung, welche in mehreren Punkten die wichtigsten Revolutionen und Veränderungen veranlaßte, ist auch das ehemalige Verhältniß der Religion zum deutschen Staate verändert. Die katholische Religion ist nun nicht mehr ausschließend die Religion des deutschen Staats. Schon seit dem passauer Vertrage 1552, und dem Religionsfrieden 1555, sind zwo Religionen in Deutschland, die römischkatholische und jene der augsburgischen Confession: beyde genießen gleiches Bürgerrecht, beyde zusammen sind die in Deutschland herrschende Religion.

So wie daher vor dieser Epoche die Staatsverfassung von Deutschland foderte, daß seine Regenten katholisch waren, eben so sind sie itzt verbunden, sich zu einer von beyden in Deutschland recipirten Religionen zu bekennen *). Aber von diesen beyden konnten die Grundgesetze eine einzige zur Noth-

*) J. P. O. Art. VII. §. 2.

Nothwendigkeit nicht machen, wenn sie anders nicht im Widerspruche mit der Staatsverfassung stehen wollten: ausgenommen bey geistlichen Stiftern, wegen der besonders eintretenden Rücksicht auf die mit ihnen verbundenen Pflichten und Verrichtungen *). Selbst die Hausverträge schweigen von diesem Gegenstande; kein fürstliches Haus vermag ein solches Hausgesetz aufzuweisen **), keines, als — Pfalzbaiern seit dem Jahre 1771.

III.

So lange es dem Menschen nicht gleichgültig bleiben kann, was seinen Glaubensgenossen Gutes oder Schlimmes widerfährt, so lange Veränderungen des Zustandes der Religion in einem Lande immer von einer Seite mit vielen Inconvenienzien verknüpft sind; so lange tadle man es nicht, wenn etwa allen Veränderungen des Religionszustandes in dem Lande durch Verträge oder Hausgesetze vorgebeugt wird. — Treffe man immerhin Vorsorge, daß eine Religionsverschiedenheit in der Person des

*) J. P. O. Art. V. §. 15.

**) Versuche der Art liefere ich in einem historischen Nachtrage.

Landesherrn der in Baiern herrschenden Religion nicht nachtheilig seyn könne: untersage man alle Einführung einer andern, als der katholischen Religion: verordne man, daß nur Katholische zu Aemtern in Baiern gelangen können. Es ist hart, es ist gegen emporkeimenden Duldungsgeist; aber neu ist es nicht *). — Der eingeschränkte Herzog in Baiern ist und bleibt doch Herzog, und kann gewiß, ohne eben eine andare Religion einführen zu dörfen, sein Baiern noch sehr glücklich machen. Aber wenn man den Privatüberzeugungen des Landesnachfolgers vorläufige Vorschriften geben, wenn man ihm die Verbindlichkeit auflegen will, sich zu einer bestimm-

*) Zu eben diesem mußten sich der Churfürst in Sachsen, der Herzog von Würtemberg, der Landgraf in Hessenkassel bey ihren Religionsveränderungen verbinden. Sieh Pütters histor. Entwickl. Th. II. S. 353. Th. III. S. 80. und die in dessen Litter. des t. St. R. Th. III. §. 1517. über Religionsversicherungen verzeichneten Schriften. Ein neueres Beyspiel liefert die Nassau-Saarbrück. Relig. Assecur. vom 25. Merz 1779. in Schlötzers Briefwechsel, Heft 39. Num. 34. Man vergleiche die schönen Bemerkungen über solche Versicherungen in der vortrefflichen Abhandlung: Etwas über die Wahlkapitulationen in den geistlichen Wahlstaaten. (Frankf. 1788. 8.) S. 128—137.

stimmten Religion zu bekennen, wenn ihn eine Verschiedenheit der Religion zur Erbfolge unfähig machen soll; so erscheint am publicistischen Horizont ein Phänomen, wie man noch keines sah!

IV.

Hätte man in Deutschland von der persönlichen Religionsverschiedenheit des Regenten eben jene nachtheiligen Folgen zu erwarten, welche in Staaten, deren Regent unabhängig ist, bevorstehen können; so würde dieses allenfalls andere Grundgesetze unseres Staats veranlasset haben. Aber in Deutschland, wo die Reichsgrundgesetze die Rechte des Landesherrn in Rücksicht auf Religionsübung bestimmen; wo das Reichsoberhaupt durch eine feyerlich beschworne Wahlkapitulation eingeschränkt ist; wo man gegen Religionsbeschwerden mit der besten Wirkung die Hülfe der Reichsgerichte nachsuchen kann; wo der evangelische Religionstheil eine eigene Deputation zur Prüfung und Betreibung der Religionsbeschwerden an einem der beyden höchsten Reichsgerichte zu ernennen beschlossen hatte *): — in Deutschland fällt der

*) Pütters histor. Entwickl. III. S. 172.

Grund hinweg, wegen welchem andere Staaten den Regenten zu einer bestimmten Religion verbinden. Aber — zu München dachte man anders.

V.

Herzog Albrecht V in Baiern hinterließ in einem den 11. April 1578 errichteten, und vom Kaiser Ferdinand I am 16. Jul. 1778 bestättigten Testamente *) eifrige fideicommissarische Ermahnungen an seine Nachfolger, daß sie keine andere, als die katholische Religion, selbst bekennen, und in Baiern einführen sollten. Vielleicht enthielt dieses Testament nichts, als Ermahnungen, welche die verbindende Kraft eines Hausgrundgesetzes nicht hatten. Mit einem die protestantische Religion annehmenden Herzoge, hätte es dereinst der eifrige Albrecht ausmachen können; aber Baiern, das schöne Herzogthum, hätte er etwa doch behalten! — Ja wären sie sogar ein Hausgesetz gewesen, wer würde sich darüber wundern? Es wäre im 16ten Jahrhunderte geschehen! Sie blieben nichts, als ein Denkmal der damals herrschenden Gesinnungen, ohne alle

*) Mosers Einleit. in das churfürstl. bairische Staatsrecht. Cap. II. §. 24. S. 56.

alle Verbindlichkeit, wenn sie, wie ich noch zeigen werde, dem westphälischen Frieden entgegen sind, da derselbe *) alle ihm zuwider laufende Verträge ausdrücklich vernichtet.

V.

Im Jahre 1766, wo die beyden Churfürsten Max. Joseph von Baiern, und Carl Theodor von der Pfalz, einen Hausvertrag errichteten, war das Albrechtische Testament nicht unbekannt: man führt im §. 3. des Hausvertrags, die Primogenitur- und Fideicommiß-Constitution Albrechts V an; aber von den eifrigen Ermahnungen geschieht keine Meldung.

VI.

Was 5 Jahre nicht thun! — vielleicht waren jene Hoffnungen, welche schon 1761 mit dem Tode des Churprinzen von der Pfalz, ihre mächtigste Stütze verloren hatten, aber im Jahre 1766 noch genährt wurden, im Jahre 1771 beynahe erstorben. — Im

*) J. P. O. Art. XVII. §. 3, vergl. Meine Dissertation de mutuo domini territorialis et subditorum consensu ad mutandum religionis exercitium contra observantiam anni normalis necessario et sufficiente. (Bamberg. 1789. 4.) Cap. II. §. 30.

Jahre 1771 errichten Max. Joseph und Carl Theodor, beyde in einem schönen männlichen Alter (jener geb. 28. Merz 1727, gest. 30. Dec. 1777, dieser geb. 11. Dec. 1724), ohne eheliche Leibeserben, einen Fundamentalhausvertrag, ziehen die eifrigen Albrechtischen Ermahnungen aus ihrem Staube hervor, und wollen sie zur Würde eines Hausgesetzes erheben. Der Landesnachfolger wird nun nicht mehr ermahnt, man will ihn verbinden *), „vorzüglich nach Inhalt der „eifrigen fideicommissorischen Ermahnungen Herzogs „Albrechts V sich zu fügen, mithin keine andere, „als die katholische Religion selbst zu bekennen, „und in Baiern einzuführen.„

Lange wurden besagte Verträge vor dem Publicum äußerst geheim gehalten: aber die über die bairische Erbfolge in den Jahren 1778 und 79 entstandenen Streitigkeiten, entdeckten manches Kabinetsgeheimniß, brachten manche schöne Urkunde in die Hände des Publicums; und ihnen hat man auch die Bekanntmachung dieser beyden Hausverträge zu verdanken. Preussen und Pfalzzweybrücken machten sie in dem Jahre 1778 öffentlich bekannt.

VII.

*) Pfalzbair. Fundamentalhausvertrag vom J. 1771. §. 5.

VII.

In dem Teschner Friedensschlusse *) übernahmen die daselbst schließenden und vermittelnden hohen Mächte die Garantie dieser Hausverträge; aber nur in so ferne sie dem **westphälischen Frieden nicht entgegen** sind. Eben so erklärte das deutsche Reich, in einem **Reichsgutachten** vom 28. Febr. 1780, seinen Beytritt und seine Einwilligung zum teschner Friedensschlusse und den dazu gehörigen Acten und Conventionen (worunter auch der bairische Hausvertrag von 1771 zu zählen ist); jedoch nur unter der bedinglichen Voraussetzung, daß dieser teschner Friedensschluß den Rechten des Reichs, dem westphälischen Frieden und den übrigen Reichsgrundgesetzen, oder Jemand an seinen erweislichen und gehöriger Orten gebührend auszutragenden Rechten, für jetzt und künftig in keinem Falle zum Nachtheile gereichen solle **).

Es

*) Teschner Friedensschluß vom 13. May 1779. Art. VIII.

**) Belege zur Geschichte des Reichsbeytritts zum teschner Friedensschlusse, 1780, Heft 1 und 2, Cöln und Hannover, enthalten die sehr merkwürdigen Reichstagsberathschlagungen: zu finden in der Sammlung aller

Es ist möglich, daß man bey diesen Clauseln auf die mich beschäftigende Stelle des bairischen Hausvertrags Rücksicht nahm. Wie dem immer sey, viele Fragen sind durch diese Clauseln abgeschnitten. Das ganze deutsche Reich, welches wohl in einzelnen Fällen, unter den gehörigen Voraussetzungen, von Reichsgrundgesetzen dispensiren kann, wollte hier keine Ausnahme machen. Was der bairische Hausvertrag gegen Reichsgrundgesetze enthält, wurde nicht genehmiget.

VIII.

Um die zu beantwortende Frage gehörig festsetzen zu können, müssen hier vorzüglich zween Fälle unterschieden werden.

Könnte sich etwa wegen einer in dem Hause Pfalzbaiern vorgenommenen Todtheilung, Max Joseph als den letzten des ganzen Stamms, und Carl Theo-

aller Staats- Hof- und Gesandtschaftsschriften, auch anderer rechtlichen und historischen Abhandlungen, welche die bairische Erbfolge rc. betreffen Band IV. Th. 4. S. 189. folgg. (Wien 1781. 4.). Sieh auch Pütters histor. Entwickl. Th. III. S. 197.

Theodor als den ersten Erwerber desjenigen, was Max. Joseph besaß, ansehen; so käme es in Hinsicht auf Baiern auf Erörterung folgender Frage an: **Ob es den Reichsgrundgesetzen widerstrebe, daß man einem nur unter der Bedingniß gewisse Rechte ertheilen wolle, wenn er sich zu einer bestimmt vorgeschriebenen Religion bekennt?** (Eine Frage, über welche eine beträchtliche Anzahl von Schriften vorhanden ist, und worüber man sich doch noch nicht vereinigen konnte! Ihre Erörterung würde *mich* von meinem Endzwecke entfernen). Allein alle **Wittelsbacher** haben ein schon bestens gegründetes Recht auf die Erbfolge in Baiern, so gut es wenigstens die aus der Rudolphischen Linie, vermöge der Abstammung, auf die Pfalz haben *): man mag den Grund desselben aus der Abstammung vom ersten Erwerber, oder aus den Erbvereinigungen herleiten, welche von den ältesten Zeiten her zwischen der bairischen und pfälzischen Linie errichtet, und öfters, sogar 1766, erneuert worden sind. — Es kömmt daher alles auf die Untersuchung folgender Frage an: **Ob durch Hausverträge der Landes-**

nach-

*) Und doch erstreckt sich diese Stelle des Hausvertrags auch auf die Erbfolge in der Pfalz.

nachfolger, welcher ein mit der Geburt angestammtes Recht zur Erbfolge hat, verbunden werden könne, sich zu einer bestimmten Religion zu bekennen?

IX.

Wenn anders eine solche Verordnung einen Sinn haben soll: so muß in ihr die Absicht liegen, jeden, der nicht der vorgeschriebenen Religion zugethan ist, von der Erbfolge auszuschließen. Hier ist also die Frage von einem wohlerworbenen Rechte, welches der Religion wegen verloren würde; dort von einem erst zu erwerbenden Rechte.

Wären solche Hausverträge rechtsbeständig: so würde bald in weltfürstlichen Häusern ein neuer geistlicher Vorbehalt vorhanden seyn, zu welchem Pfalzbaiern den Ton angab. Welche Länder etwa im Jahre 1800 in den Händen katholischer oder protestantischer Landesherren wären, müßten ewig in denselben bleiben. Beyspiele ziehen an; man könnte vielleicht früher ganze Bände mit solchen Hausverträgen anfüllen. — Man hätte keines Vorwands nöthig, um seinen katholisch gewordenen Sohn, oder einen katholischen Stammsvetter von der Erbfolge aus-

auszuschließen. — Alle Religions-Assecurations-acten wären überflüssig; von der Religionseigenschaft der Reichstagsstimmen könnte keine Frage mehr seyn; manche Verordnungen des westphälischen Friedens behielten bloß ihren historischen Nutzen. Wahrhaftig — Baiern hätte zu vielem die Bahn gebrochen!

X.

Gewiß verleitete ein Religionseifer die beyden Churfürsten, daß sie diese Stelle dem bairischen *Hausvertrage* einverleibten. Oft verfehlte zwar der Religionseifer seinen Endzweck; aber man wird wenige Beyspiele zeigen können, wo man sich so gerade entgegen gearbeitet hätte, als in diesem Falle; wenn man das Interesse des ganzen katholischen Religionstheils mit tieferem Nachdenken betrachtet.

In dem Hause Pfalz ist die Churlinie katholisch, so wie das ganze Haus **Baiern** katholisch war. Beyde Linien sterben zwar mit den beyden Churfürsten aus: aber in diesem Falle, den man bey dem Vertrage vom Jahre 1771 gewiß vor Augen hatte, ruft die Ordnung der Erbfolge zuerst die Pfalz zweybrückische Linie, welche schon damals ganz

katho-

katholisch war; denn der regierende Herzog Christian IV war schon den 12. Febr. 1758, und sein Bruder Friedrich schon den 8. Dec. 1746, zur katholischen Religion übergegangen, und seine Söhne waren in der katholischen Religion erzogen. Erst nach Erlöschung dieser Linie, kann sich die birkenfeldische (ehemals gelnhausische) Linie zur Succession Hoffnung machen, in welcher zwar der alte Herzog Johann Carl und sein Sohn Johann der augsburgischen Confession zugethan waren: aber auch in dieser Linie gieng der andere Sohn Wilhelm den 15. Aug. 1769 zur katholischen Religion über *); und nur dieser Prinz hat Kinder erzeugt. Man kann daher beynahe mit Gewißheit annehmen, daß die Erbfolge in Pfalzbaiern ohnedies nie einen Protestanten treffen werde. Im Gegentheile sind von dem Jahre 1614 bis auf das Jahr 1769, 42 Fälle bekannt, daß deutsche Fürsten, oft aus den mächtigsten Häusern, von der protestantischen zur katholischen Religion übergegangen sind. Aber kein einziges Beyspiel liefern diese beyden Jahrhunderte,

daß

*) Pütters histor. Entwickl. II, S. 341. Num. 39. 41. 42.

daß ein katholischer Fürst die augsburgische Confession angenommen habe *).

XI.

Die ganze Erbfolgeordnung, wie sie seither in weltfürstlichen Häusern beobachtet wurde, wäre in Pfalzbaiern in einer ewigen Verwirrung und Ungewißheit: es könnten wunderbare Fälle vorkommen! Wenn die zwote katholische Linie vor der ersten protestantischen Linie zur Succession gelangt wäre, und nun einer aus der ersten Linie die katholische Religion annähme, somit sich der Erbfolge fähig machte: müßte ihm das Land geräumt werden? Oder könnte der regierende Herr, wenn er Protestant würde, gezwungen werden, die Regierung abzutreten?

XII.

Wahrhaft, Verwirrungen, bey welchen ganz Deutschland nicht gleichgültig bleiben kann; da diese in einem Lande wären, welches als eines der beträchtlichsten deutschen Länder, als Churfürstenthum, dessen regie-

*) Sieh Pütter histor. Entwickl. II. S. 335. wo diese Fälle verzeichnet sind.

regierender Herr während dem Interreanum Reichsverweser ist, den größten Einfluß auf die Verfassung des ganzen deutschen Reiches hat. Verwirrungen, durch welche sogar die Ruhe in Deutschland gestört werden könnte! Wenn ein minder beträchtlicher Gegenstand, die Ansprüche des Hauses Oesterreich auf einen Theil von Baiern, Anlaß zu einem Kriege auf deutschem Boden geben konnte: was wäre hier zu erwarten, da es um nichts geringers, als um Pfalzbaiern, zu thun wäre, wo sich der Wichtigkeit des Gegenstandes Religionseifer beygesellte, welcher auch im 18. Jahrhunderte in Fanatismus ausarten kann?

Doch Religionsinteresse und Politik, diese fruchtbaren Mütter publicistischer Streitigkeiten, sollen mich nicht gegen diesen Hausvertrag bestimmen, da nur jenes das wahre Beste eines jeden ist, was den Vorschriften der Gesetze gemäß ist; welche freylich in diesem Falle mit der Politik in der glücklichsten Uebereinstimmung stehen.

XIII.

Schon an dem Aeußerlichen trägt der bairische Hausvertrag das Gepräge der Unvollkommenheit. —

Die

die Natur eines Stammguts, oder der aus einer Erbvereinigung entspringenden Rechte lehret, daß nur der erste Erwerber, der letzte des ganzen Stammes, oder ein neues Haupt eines Geschlechtes, berechtiget sey, für sich allein durch Hausgesetze die Bedingungen und Ordnung der künftigen Erbfolge zu bestimmen; daß aber außer diesen Fällen, nur durch einen Vertrag solche Hausgesetze entstehen können, die, wie alle Verträge nur diejenigen verbinden, welche in dieselben eingewilligt haben.

Max. Joseph von Baiern konnte nicht als der letzte des ganzen Stammes, Carl Theodor nicht als der erste Erwerber, keiner als das Haupt seiner Nachkommenschaft angesehen werden: und doch wollten diese beyden Churfürsten für sich allein Hausgesetze machen, obgleich im Jahre 1771 mehrere Stammsvettern am Leben waren, — wollten alle Protestanten der Erbfolge unfähig machen, obgleich im Jahre 1771 zween Stammsvettern der augsburgischen Confession zugethan waren, ohne ihre Einwilligung zu suchen, deren Rechten es doch eigentlich gelten sollte? Man hoffte bey dem Vertrage von 1766 den Beytritt der übrigen sich am Leben befin-

denden Agnaten; aber er erfolgte nicht. — Freylich kann dieser Mangel in der Folge gehoben worden seyn, wenn die Pfalz zweybrückische und birkenfeldische Linie, bey den zu Teschen schließenden und vermittelnden Mächten die Garantie dieser Hausverträge nachsuchten, somit dieselben genehmigten. Moser *) giebt dies wenigstens von Zweybrücken als gewiß an: und von der Pfalz birkenfeldischen Linie muß man es allerdings vermuthen, so sonderbar es auch scheint, daß sie mit der Garantie dieses Hausvertrages, die Garantie ihres eigenen Nachtheils suchte, und hierdurch wieder verlor, was sie auf der andern Seite **) gesichert erhielt — Wie dem immer sey, nur dem äußeren Mangel wäre hierdurch abgeholfen; der innere Mangel, welcher der wichtigste ist, bliebe dennoch.

XIV.

*) In s. Anmerk. zum teschner Friedensschlusse zum VIII. Art. §. 2.

**) Bekanntlich stammt diese Linie aus einer Ehe des Pfalzgrafen Johann Carls zu Gelnhausen, mit Maria Esther von Witzleben (verm. 1696) ab. Die Erbfähigkeit dieser Linie ward hierdurch gesichert. Sieh Pütters histor. Entwickl. III. S. 193. d.

XIV.

So gewöhnlich durch Hausgesetze die Ordnung der Erbfolge bestimmt wird: so selten erstrecken sie sich in der Art über das Recht zur Erbfolge, daß nebst den von den Gesetzen und dem Herkommen vorgeschriebenen Eigenschaften *), noch andere so zur Nothwendigkeit gemacht wären, daß deren Abgang die Unfähigkeit zur Erbfolge nach sich zöge. Ich könnte daher auch von dieser Seite dem bairischen Hausvertrage manche Gründe entgegen stellen, da derselbe das Recht der Erbfolge selbst zum Gegenstande hat, und einem dieses Recht benehmen will, welcher nach allen Gesetzen und dem Herkommen in fürstlichen Häusern unstreitig erbfähig wäre. Aber die gute Sache verbiethet mir, Gründe anzuführen, welche nur auf irgend eine Art schwankend scheinen könnten Moser, welcher an einem andern Orte **) den Bestand solcher Verträge vertheidiget, setzt der

 mich

*) Z. B. Geburt aus einer rechtmäßigen und standesmäßigen Ehe, männliches Geschlecht, Freyheit von Gebrechen des Geistes und des Körpers, weltlicher Stand ꝛc.

**) In Diss. de pactis et privilegiis circa religionem. §. 24. 67. seq. in select. jur. cum publ. tum priv.

mich beschäftigenden Stelle des bairischen Hausvertrages die Anmerkung bey, daß die Reichsgrundgesetze das Gegentheil erlauben, und daß der Hausvertrag weder dem Pfalzgrafen Carl Ludwig von Birkenfeld, welcher evangelischer Religion ist, noch seiner Nachkommenschaft von gleicher Religion, im Wege stehen könne *). Ich halte ebenfalls dafür, daß diese Stelle des Hausvertrags unverbindlich sey, und schreite zur nähern Untersuchung der Frage.

XV.

Wenn gleich alle unmittelbaren Glieder des Reichs in ihren Familiensachen eine Autonomie, d. i. die Freyheit genießen, nach eigenem Gutbefinden ihre Einrichtungen zu machen, und nach eigenen Gesetzen zu leben, wenn auch diese Freyheit sonst unbeschränkt ist: so kann doch durch dieselbe, gegen absolut befehlende oder verbiethende Reichsgesetze, oder gegen Reichsgrundgesetze, und die wohl erworbenen Rechte eines Dritten nichts verfügt werden **). — Die Autonomie der fürstlichen Häuser kann daher den bairischen Hausvertrag nicht aufrecht erhalten, in so ferne er Verordnungen ent-

*) In s. Anmerk. zum teschner Friedensschlusse.

**) Pütter Institut. jur. publ. §. 224. seq.

enthält welche den Reichsgrundgesetzen und den Rechten eines Dritten entgegen stehen: so wenig, als irgend ein churfürstliches Haus, dem man gewiß Autonomie nicht absprechen kann, gegen die in der goldenen Bulle festgesetzte Untheilbarkeit der Churlande oder Erstgeburtsfolge, die Theilbarkeit oder den Senioriat einzuführen berechtiget ist. Und wirklich glaube ich, daß die Stelle des bairischen Hausvertrages vom Jahre 1771, durch welche dem Landesnachfolger die Verbindlichkeit auferlegt wird, keine andere, als die katholische Religion zu bekennen, den Grundgesetzen und dem Herkommen eben so sehr entgegen sey, als sie mit der Staatsverfassung zu streiten oben gezeigt worden.

XVI.

Die goldene Bulle Carls IV, ein für die ganze deutsche Verfassung sowohl, als besonders für die Churfürstenthümer, äußerst wichtiges Grundgesetz verordnet, daß der Erstgeborne das Churthum und die darauf haftende Churwürde erhalten solle; und sie fodert keine anderen Eigenschaften, als daß er aus der Ehe rechtmäßig erzeugt, weltlichen Stan-

des *), und frey von wichtigen Gebrechen **) sey. Ein jeder, der diese Eigenschaften besitzt, hat aus der goldenen Bulle ein volles gegründetes Recht zur Erbfolge; und eine jede Verfügung, durch welche ihm noch mehrere Eigenschaften zur Nothwendigkeit gemacht würden, würde denjenigen ausschließen, welchem die goldene Bulle die Erbfolge zuspricht, — würde demnach eben sowohl die wohlerworbenen Rechte eines Dritten, als das Reichsgrundgesetz, verletzen.

Da nun die goldene Bulle keineswegs fodert, daß der Erstgeborne katholisch sey; so ist es gewiß gegen die goldene Bulle, wenn der Erstgeborne bloß deshalb sein Recht der Erbfolge verlieren solle, weil er nicht katholisch ist; wenigstens wegen der Churpfalz ist dieses außer Zweifel gesetzt, da in derselben als Churthum sowohl, als wegen dem klaren Buchstaben des westphälischen Friedens ***) die in der goldenen Bulle festgesetzte Erbfolgeordnung beobachtet werden muß. Aber wegen Baiern könnte dieser Grund mehreren Zweifeln ausgesetzt seyn.

XVII.

*) A. B. cap. VII. §. 2.
**) Ibid. cap. XXV. §. 3.
***) Art. IV. §. 5.

XVII.

Wäre Baiern noch ein Churfürstenthum, wie es 1771 zur Zeit des errichteten Vertrages war: so wäre die goldene Bulle, somit das eben angeführte Raisonnement, für Baiern nicht weniger anwendbar, als es für die Pfalz ist. Aber da mit dem Tode Max. Josephs im Jahre 1777 Baiern aufhörte, ein Churfürstenthum zu seyn; ward auch die in der goldenen Bulle festgesetzte Ordnung der Erbfolge für Baiern unverbindlich: sie kann also den bairischen Hausvertrag, in so weit von Baiern in demselben die Rede ist, wenigstens geradezu nicht entkräften. Allein da eben dieser bairische Hausvertrag verordnet, daß Baiern von der Pfalz nicht getrennt, sondern immer auf den regierenden Herrn aus der Churlinie fallen solle: so muß wenigstens mittelbar die Verordnung der goldenen Bulle auch Baiern treffen. Denn da es nach diesem Hausvertrage ein der Pfalz incorporirtes Land ist; so muß auch die Erbfolge an denjenigen kommen, welcher in die Pfalz succedirt: wer daher vermöge der goldenen Bulle das Erbfolgerecht in die Pfalz hat, dem muß es auch in Baiern zustehen.

XVIII.

Doch angenommen, daß die Verordnung der g. B. den ihr entgegenstehenden Hausvertrag nicht gänzlich entkräfte: so ist doch so viel gewiß, daß die ganze Rudolph- und Wilhelmische Linie ein von den ersten Erwerbern und gemeinsamen Stammvätern, dem Otto von Wittelsbach und Otto illustris auf sie angestammtes, und durch den 1329 zu Pavia abgeschlossenen Theilungs- und Erbeinigungsvergleich, erhaltenes wechselseitiges Erbfolgerecht in die Güter und Länder beyder Linien haben *); folglich daß der bairische Hausvertrag vom Jahre 1771 den A. C. verwandten Stammsvettern das Erbrecht der Religion halber benehmen will. Und dies ist offenbar gegen den Religions- und westphälischen Frieden.

XIX.

Mit der Entstehung der großen Religionstrennung in Deutschland, entstanden Religionsveränderungen deutscher Fürsten und innerliche Unruhen, bey welchen es bald ein hinreichender Grund wurde, den andern

*) Statt aller Beweise beziehe ich mich auf den von eben diesen Churfürsten im Jahre 1766 abgeschlossenen Hausvertrag.

andern vom Lande und Leuten zu vertreiben, wenn er einer andern Religion zugethan war. Bald fühlte man alle die nachtheiligen Folgen eines so thätigen Religionshasses: und so bald man hierüber gütliche Unterhandlungen zu pflegen anfieng, war der Geist der abgeschlossenen Verträge, daß die Religionsverschiedenheit keine Verschiedenheit der übrigen Gerechtsamen nach sich ziehen solle, der Geist der Reichsgrundgesetze, der sich von 1529 bis 1648, im Ganzen so getreu erhalten hat.

Was man kaum 12 Jahre nach dem Ausbruche der Religionstrennung verordnete *), was man beynahe in allen folgenden Reichsabschieden **) wiederholte, was man in dem passauer Vertrage ***) nach den in der Zwischenzeit vorgekommenen Handlungen erweiterte, ward in die Grundlage des westphälischen Friedensschlusses, den zu Augsburg 1555 errichteten Religionsfrieden, aufgenommen. — Da hier alles auf die Verordnungen des Religionsfriedens

*) R. Abschied 1529. §. 10.

**) Vom Jahre 1530. §. 65. 1541. §. 26. 1543. §. 32. 1544. §. 82. folg.

***) Vom Jahre 1552. §. 8.

friedens ankömmt; so werde ich das Gebäude, welches der Religionsfriede aufstellt, in seinem ganzen Umfange vorlegen.

XX.

Man sah bey den Berathschlagungen bald ein, daß die Tractation über die Hauptartikel des Glaubens, Ceremonien und Kirchengebräuche, zu groß und zu weitläuftig sey, als daß man den Lieblingsgedanken des 16. und 17. Jahrhunderts — Vereinigung der spaltigen Religion, — diesmal durchzusetzen vermöchte. Die Tractation dieses Artikels wurde demnach auf andere gelegene Zeit eingestellt, und nur berathschlagt, wie gemeine Ruhe und Sicherheit in deutscher Nation zu erlangen, zu erbauen und zu erhalten seyn möchte *). Ruhe und Sicherheit in Deutschland zu erlangen und zu erhalten, war der Endzweck des Religionsfriedens, welchem zufolge alle Befehdungen, Kriege und Gewaltthätigkeiten verbotten **), aber in Hinsicht der verschiedenen Religionen nähere Bestimmungen beygefügt wurden.

So

*) Religionsfrieden 1555. §. 9. 10.

**) Ebendaß. §. 14.

So viel ins besondere Gewissensfreyheit und die unter jeder Religionsverschiedenheit mit ihr verbundene Erhaltung aller Gerechtsamen betrifft, machte man vorzüglich einen Unterschied zwischen weltlichen und geistlichen Personen *), benahm zwar den Geistlichen die Gewissensfreyheit nicht, nur hielt man eine katholische Pfründe und die mit ihr verbundenen Pflichten mit dem Bekenntnisse zur augsburgischen Confession für unvereinbar, verordnete daher, daß er seine geistliche Würde und seine Pfründe im Falle einer Religionsveränderung zwar ver-

*) In dem Concepte des Religionsfriedens war dieser Unterschied ausdrücklich enthalten, indem dem 15. §. des Religionsfriedens das Wort „keinem weltlichen Stande des Reichs„ beygesetzt war: das Wort „weltlichen„ wurde aber auf Erinnerung der protestantischen Stände ausgelöscht, de Meiern act. pac. westphal. Tom. II. pag. 643. Ohne mich in die historischen Streitigkeiten über den geistlichen Vorbehalt hier einzulassen, glaube ich dennoch, diesen Unterschied zum Grunde legen zu können, weil der westphälische Friede Art. V. §. 15. den geistlichen Vorbehalt bekräftigt, somit auf die hier angegebene Art den Religionsfrieden erklärt. S. Art. V. §. 1. J. P. O. „Quae vero „de nonnullis in ea (pace religiosa) articulis con„troversis hac tractatione . . . statuta sunt, ea pro „perpetua dictae pacis *declaratione* . . . habebuntur.„

verlieren, doch weder an seiner Ehre, noch anderen Gerechtsamen einigen Schaden leiden solle *).

XXI.

Bey weltlichen Personen unterschied man zwischen unmittelbaren und mittelbaren. — Für Unmittelbare, worunter auch die freye Reichsritterschaft **) so, wie die freyen Reichsstädte, samt ihren Einwohnern und Bürgern ***), begriffen sind, ward festgesetzt, daß „kein Stand des Reichs den „andern von wegen der augsburgischen Confes„sion und deren Lehre, Religion und Glaubens „halben, mit der That gewaltiger Weise über„ziehen, vergewaltigen, oder in andere Wege „wider sein Conscienz, Gewissen und Willen, von „dieser augsburgischen Confessionsreligion . . . in ih„ren Fürstenthümern, Landen und Herrschaften trin„gen, oder durch Mandat, oder in einiger an„derer Gestalt beschweren oder verachten, son„dern bey solcher Religion . . . auch ihrem Habe, „Gütern liegend oder fahrend, Land, Leuten, Herr„schaften,

*) Religionsfrieden §. 18.

**) Ebendass. §. 26.

***) Religionsfrieden §. 27.

„schaften, Obrigkeiten, Herrlichkeiten und Ge„rechtigkeiten, ruhiglich und friedlich bleiben las„sen sollen. Alles bey kaiserlicher und königlicher „Würden, fürstlichen Ehren, wahren Worten, und „Pön des Landfriedens *).„

Dagegen verbindet der Religionsfriede die augsburg. Confessionsverwandten Stände zur Beobachtung eben dieser Pflichten gegen katholische Stände **). — Allen diesen ward demnach nicht nur die Gewissensfreyheit ausdrücklich verstattet, sondern mit derselben bey jeder Verschiedenheit oder Veränderung der Religion, die Erhaltung aller Gerechtsamen verbunden.

XXII.

Aber den Mittelbaren giebt der Religionsfriede diese ansehnlichen Rechte nicht. Es läßt sich zwar nicht läugnen, daß auch der Gewissensfreyheit der Unterthanen durch diesen Frieden habe vorgesehen werden wollen: man verordnete ***), daß „kein „Stand

*) Religionsfrieden §. 15.

**) Religionsfrieden §. 16.

***) Religionsfrieden §. 25.

„Stand des Reichs des andern Standes Untertha„nen zu seiner Religion dringen, abpracticiren, oder „wider ihre Obrigkeit in Schutz und Schirm nehmen „solle:„ man verstattete *) katholischen und evangelischen, daß denselben, wenn sie ihrer Religion wegen mit Weibe und Kindern aus einem Lande in ein anderes ziehen wollten, der Ab- und Zuzug, auch Verkauf ihrer Hab und Güter, gegen ziemlichen billigen Abtrag der Leibeigenschaft und Nachsteuer, wo, und wie solche an jedem Orte von Alters hergebracht, ungehindert zugelassen und bewilliget, auch an ihren Ehren und Pflichten allerdings unentgolten seyn solle. Allein wie wenig ist hier den Unterthanen verstattet! Nirgendswo sind die Grenzen der landesherrlichen Gewalt festgesetzt, welche der Landesherr nicht überschreiten könnte, ohne seine Unterthanen zu bedrücken: kein fürstliches Ehrenwort sichert sie gegen Kränkungen, keine Pön des Landfriedens schützet sie gegen Gewaltthätigkeiten; man erlaubt ihnen nicht, etwa bey dem Kammergerichte Hülfe nachzusuchen: nur das traurige Auswanderungsrecht verstattete man ihnen, damit sie wenigstens dem Gewissenszwange entfliehen können; ein Recht, welches noth-

*) Ebend. §. 24.

nothwendiger Weise den Verlust des Bürgerrechts, und so viele, so große Beschwerden nach sich zieht! — Ueberdies beweisen es die zum Theile großen und mühsam ausgearbeiteten Streitschriften, welche während der westphälischen Friedenshandlungen, zwischen den Ständen beyder Religionen über die Gewissensfreyheit und das Auswanderungsrecht der Unterthanen gewechselt wurden *), daß sogar diese wenigen Gerechtsamen durch den Religionsfrieden nicht hinlänglich gedeckt waren.

XXIII.

Wenn man von diesen Betrachtungen ausgehet, und den Gang der Reichsgrundgesetze bis in das wichtigste derselben, den **osnabrücker Friedensschluß**, verfolget; so ist es auffallend, daß derselbe über Gewissensfreyheit der Unmittelbaren und die Erhaltung aller Gerechtsamen unter jeder Religionsverschiedenheit, auch nicht eine Verordnung enthält. Ich weiß zwar wohl, daß der 15te §. des Religionsfriedens, in welchem man die Rechte der Unmit-

*) Sieh de Meiern acta pac. westphal. Tom. II. p. 700. seq.

Unmittelbaren so sorgfältig zu sichern sucht, mit dem ganzen Religionsfrieden bey dem osnabrücker Friedensschlusse *) ausdrücklich bestättigt und erneuert worden: allein auffallend bleibt es immer, daß man dieser wichtigen Verordnungen mit keiner Sylbe gedenket, da man sich in dem osnabrücker Friedensschlusse bey weniger wichtigen Gegenständen auf die Verordnungen des Religionsfriedens ausdrücklich beziehet **). Es ist zwar verordnet, daß unter den Ständen des Reichs ein beständiger Friede und eine vollkommene Amnestie, ohne alle fernere Gewaltthätigkeit herrschen solle ***); allein auch in dem Religionsfrieden ****) waren schon vordersamst alle Gewaltthätigkeiten verbotten, wie sie schon der Landfriede untersagt hatte; und dennoch wurde den Rechten der Unmittelbaren in besonderen §phen vorgesehen: und die Amnestie gehet ja nur auf die Feindseligkeiten des letzten Kriegs. Eben so wenig ist die vollkommene Gleichheit, welche unter den Ständen beyder Religionen herrschen solle *****), eine Erneue-

*) Art. V. §. 1.

**) Art. V. §. 47.

***) J. P. O. Art. I. et II.

****) §. 14.

*****) J. P. O. Art. V. §. 1.

neuerung des §. 15. des Religionsfriedens. Allenfalls könnte man die Verordnung des osnabrücker Friedensschlusses *) als die Erneuerung des Religionsfriedens ansehen, in welcher den Ständen des Reichs alle Rechte gegen jede unter irgend einem Vorwande vorzunehmenden Beeinträchtigungen gesichert werden. Allein wenn man diese Stelle mit dem Religionsfriede vergleicht: so wird man die Stärke, mit welcher der Religionsfriede verbiethet, den andern der Religion halber zu beeinträchtigen, so sehr vermissen, daß man auch diese Stelle nicht als die Erneuerung des Religionsfriedens ansehen kann; um so weniger, als der geistliche Vorbehalt **) und die Gewissensfreyheit, dann das Auswanderungsrecht der Unterthanen ***) in dem westphälischen Friede so genau und ausführlich bestimmt ist.

Nicht als ob man die mit Religionsverschiedenheit verbundenen Gerechtsamen des Unmittelbaren, für minder wichtig gehalten, oder die Verordnung des Religionsfriedens aufzuheben den Willen gehabt

*) Art. VIII. §. 8.

**) J. P. O. Art. V. §. 15.

***) J. P. O. Art. V. §. 34—37.

hätte: sondern die Ursache dieses Stillschweigens glaube ich darinn zu finden, daß die Rechte der Unmittelbaren durch den Religionsfriede schon außer allem Zweifel gesetzt waren, und kein Stand des Reichs dieselben bestreiten konnte, noch wollte; wo im Gegentheile der geistliche Vorbehalt und die Rechte der Mittelbaren immerwährenden Streitigkeiten ausgesetzt waren. Es konnte also in dem osnabrücker Friedensschlusse über die Rechte der Unmittelbaren nichts verordnet werden; denn nur die streitigen *) Artikel des Religionsfriedens kamen zur Sprache, und erhielten ihre Bestimmung.

XXIV.

Aber eben deshalb, weil der osnabrücker Friedensschluß nichts bestimmt, bleibt die Verordnung des Religionsfriedens in ihrer ganzen Würde stehen **), und ist die Quelle, aus welcher die gegenwärtige Frage entschieden werden muß. Kein Stand des Reichs darf dem Gewissen des anderen Standes einigen Zwang anlegen, kein Stand der Religion wegen die wohlerworbenen Rechte des andern Standes schmä-

lern.

*) Controversi, sieh oben S. 29. *)

**) J. P. O. cit. Art. V. §. 1,

schmälern. Ein Reichsgesetz *) verbiethet es, welches von allen Seiten Beweise in sich hat, wie nahe diese Rechte dem Kaiser und dem Reiche am Herzen gelegen seyen. Man suchte alle nur erdenklichen Arten von Gerechtsamen namhaft zu machen, welche unverletzlich seyn sollten, und alle mögliche Mittel und Wege zu verbiethen, wodurch die Gewissensfreyheit oder diese Rechte verletzt werden könnten. Feyerlich wurden hier die kaiserlichen und königlichen Würden, die fürstlichen Ehren und wahren Worte verpfändet, und auf die Uebertretung dieses Verbots die größte Strafe gesetzt, welche man nur gegen Unmittelbare verhängen konnte, die **Pön des Landfriedens**.

XXV.

Wenn Albrecht V durch seine eifrigen fideicommissarischen Ermahnungen dem Landesnachfolger das Bekenntniß zur katholischen Religion als **nothwendige** Eigenschaft vorgeschrieben hätte, ohne welche er zur Erbfolge unfähig seyn sollte: so hätte er entweder der Gewissensfreyheit zu nahe getreten, oder einem Wittelsbacher sein von dem ersten Erwerber auf ihn gekommenes Recht auf die reiche wittels-

*) Religionsfriede §. 15.

bachische Erbschaft entzogen; Albrecht V verdränge ihn der Religion wegen vom Lande und Leuten. — Wahrhaft Albrecht hätte sein Fürstenwort, welches er zu Augsburg feyerlich verpfändete, gebrochen, hätte sich der Pön des Landfriedens schuldig gemacht!

Nur nach vielen Negociationen erhielt der im Religionsfriede schon eingeführte geistliche Vorbehalt im osnabrücker Friedensschlusse seine Bestättigung: aber selbst diese Verordnung enthält etwas Specielles, enthält eine Ausnahme, durch welche die Regel in nicht ausgenommenen Fällen bestärkt wird. Es liegt wohl in der Natur einer geistlichen Würde, und der mit ihr verbundenen Pflichten, daß einer, welcher nicht derselben Religion zugethan ist, unmöglich die Pflichten seines Amtes erfüllen könne, somit hier die Religionsverschiedenheit zu der Würde selbst unfähig machte. Aber wer vermag bey weltlichen Staaten einen gleichen Grund anzugeben?

XXVI.

Wie unvorsichtig wären die Stände bey Schließung des osnabrücker Friedens gewesen! Für ihre Unterthanen wurde bedungen, daß keiner, er sey

Katho-

Katholik oder Protestant, der Religion wegen verachtet, von Kaufmannsinnungen, Handwerken und Zünften, Erbschaften, Vermächtnissen und andern Rechten ausgeschlossen werden solle; sondern beyde, sicher durch gleiche Gerechtigkeit und gleichen Schutz, sollen sich der nämlichen Rechte zu erfreuen haben *). Und Stände des Reichs, welche bey dem Schlusse des Friedens durch ihre Einwilligung mitwirkten, welche für das Wohl der Unterthanen sorgten, sollten ihre Gewissensfreyheit und ihre Rechte willkührlichen Beeinträchtigungen überlassen haben? — Kein pfälzischer evangelischer Bürger kann seinen Sohn aus der Ursache enterben, weil er die katholische Religion annahm. Sollten wohl Max Joseph und Carl Theodor befugt seyn, dem Herzoge Johann von Pfalz Birkenfeld Pfalzbaiern zu entziehen, aus dem einzigen Grunde, weil er Protestant ist? — Wenn der Unterthan, der Religionsbedrückungen müde, endlich auswandert: so darf er doch seine Güter von einem Andern verwalten lassen und genießen, oder verkaufen **); er verliert sein Eigenthum nicht. Und ein Unmittelbarer soll seine Rechte auf

*) J. P. O. Art. V. §. 35.

**) J. P. O. Art. V. §. 36.

die altväterlichen Stammsgüter der Religion wegen verlieren?

XXVII.

Offenbar erschüttert der bairische Hausvertrag den Religions- und westphälischen Friede in seinem Innern; offenbar streitet er gegen absolut befehlende und verbiethende Reichsgrundgesetze: offenbar ist also diese Stelle des bairischen Hausvertrags null und nichtig *). Nicht genug, auch dasjenige, was man im ganzen deutschen Reiche in dem Reichsgutachten für bekannt angenommen hat, wirft der bairische Hausvertrag über den Haufen.

Als im Jahre 1708 die Krone Böhmen zum völligen Besitze der nach und nach derselben entzogen gewesenen Rechte wieder zugelassen, dagegen für das Haus Hannover eine neue Churwürde errichtet wurde: dachte man an den Fall, daß etwa in der Rudolphischen oder Wilhelminischen Linie kein katholischer Nachfolger an der Chur mehr übrig wäre, somit dieselbe an einen augsburgischen Confessionsverwandten fiele. Da Churbaiern schon am 29. April 1706 in die Acht erklärt, somit die bairische Churstimme

*) Vergl. Josephs II. Wahlcapitul. Art. II. §. 3.

stimme nicht mehr vorhanden war, sondern Chur-pfalz in seine ehemalige fünfte Stelle unter den Chur-fürsten hinaufrückte: so wäre durch die für Hannover errichtete neue Churwürde, das Verhältniß der Religion unter den Churstimmen verändert worden. Denn vorher (Böhmen sah man mit Rechte als eine alte Chur an) waren im churfürstlichen Collegium 5 Katholische gegen 3 Protestantische: somit offenbar die mehreren Stimmen katholisch. Diese Mehrheit der katholischen Stimmen hätte aufgehört, wenn Pfalz einen protestantischen Nachfolger erhalten hätte. Man wollte diesem abhelfen, und verstattete den Katholischen im Churfürstenrathe eine überzählige Stimme, welche der vorsitzende katholische Churfürst führen sollte. Ich will die Worte dieses Reichsgutachtens vom 30. Jun. 1708 (genehmigt vom Kaiser den 6. Sept. 1708) selbst anführen, weil es noch einiger Erörterung bedarf.

„Vor allem sollte auch festgesetzt seyn und bleiben, daß gegen diese Introduction der braunschweigischen Chur — auf den Fall, wenn aus dem Hause „Pfalz sowohl Rudolphischer als Wilhelminischer „Linien, kein katholischer Nachfolger an der pfälzi-

„schen Chur mehr übrig, sondern selbige an einen augs„burgischen Confessionsverwandten gefallen seyn soll„te, salvo de caetero in electoralibus et domo „palatina jure succedendi, und an hochgedachtem „Hause diese beyden Fälle sich ... wirklich zugetra„gen hätten, und die jetztgedachte hannöverische Chur„linie noch stünde, alsdann den Katholischen votum „*supernumerarium* verstattet, ... welches durch den „vorsitzenden katholischen Churfürsten — bey allen „Zusammenkünften — geführt werden solle „

XXVIII.

Es hat dieses Reichsgutachten manches Zweydeutige, besonders wenn man es mit dem bairischen Hausvertrage vergleicht: denn es leidet immerhin diese Auslegung, daß nur in dem Falle die Chur an einen augsburgischen Confessionsverwandten kommen solle, wenn weder in der Wilhelmischen, noch in der Rudolphischen Linie ein katholischer Nachfolger mehr übrig ist. Aber wenn es Regel ist, dunkeln Stellen jene Erklärung zu geben, welche den Gesetzen gemäß ist; wenn ich bewiesen habe, daß solche Dispositionen dem Religions- und westphälischen Friede entgegen stehen: so kann die angeführte Er-

klärung nicht richtig seyn; sondern ich glaube, daß der Reichsschluß in der Art verstanden werden müßte, daß im Falle, wenn die pfälzische Chur an einen A. C. Verwandten, sey es in der Wilhelmischen oder Rudolphischen Linie, gefallen seyn sollte, alsdann den Katholischen eine überzählige Stimme verstattet seyn solle.

Doch dem sey, wie ihm wolle; der Reichsschluß erkennt ausdrücklich, daß auch Protestanten der Erb*folge in* Pfalzbaiern fähig seyn sollen; denn sonst wäre wahrhaftig die mühsame Bestimmung des *voti supernumerarii* überflüssig gewesen. Somit stehet der bairische Hausvertrag vom Jahre 1771, den wichtigsten Reichsgrundgesetzen, I. der goldenen Bulle, II. dem Religions- und III. westphälischen Friede, dann IV. dem Reichsschlusse von 1708 offenbar entgegen. Kein Hausvertrag kann daher den vom ersten Erwerber abstammenden Landesnachfolger verbinden, eine bestimmte Religion zu bekennen.

Ein-

Einzelne Versuche aus dem XVII. und XVIII. Jahrhunderte, worin fürstliche und adeliche Personen sich verbanden, eine gewisse Religion zu bekennen. Als historischer Nachtrag zu der vorstehenden Abhandlung.

I. A. 1635 heirathete der Graf Albrecht von Erbach, die Gräfin Elisabeth Dorothea von Hohenlohe (er evangelisch, sie reformirt), wobey ausgemacht ward, „1. daß ... wir wollen ermeldte „Ihro Lbd. bey ihrer Religion und Confession un„beeinträchtiget bleiben lassen, und sie keinesweges „darum anfechten wollen, weder von uns selbst, noch „durch andre. . . 3. Wenn Gott uns und Ihro „Lbd. mit Kindern segnen wird — da die Kinder „der Fr. Mutter Religion annehmen wollten, so sol„len sie von uns auf einigerley Weise oder Wege, son„derlich aber mit Zwange, davon nicht abgehalten, „weniger aber die Fr. Mutter oder Kinder deswe„gen mit ungleichen Augen angesehen oder gehaßt „werden: gleichergestalt da die Kinder sich zu der „unsrigen bekennen, so soll die Fr. Mutter sie auch „nicht daran einiges Weges hindern, noch sie deswe„gen unwerther halten.„ Moser St. R. Th. XIX. S. 425. folg.

II.

II. A. 1639 heirathete die Prinzessinn Anna Maria von Brandenburg, den Fürsten Johann Anton von Eggenberg, und stellte ihren Eltern folgenden Revers aus. „Und damit Ihr Gn. Gn. „(ihre Eltern) und meine Verwandte an meiner Be„ständigkeit in der Religion, den geringsten Zweifel „nicht haben mögen: als verpflichte ich mich hiemit „und in Kraft dieses, freywillig, ungezwungen und „ungedrungen, und so lieb mir ist Gottes und mei„ner herzlieben Eltern Huld, Gnade und Herzen, „zeitliche und ewige Wohlfahrt, auch bey meinen „fürstlichen Ehren und Worten, daß ich mich zu „keiner andern Religion wenden, bey derselben, „darin wie obgedacht ich erzogen und geboren, be„ständig, festiglich und unverrückt bis an mein se„liges Ende zu verbleiben, und mich durch niemand, „wer der auch sey, kein anders bereden oder bewe„gen zu lassen, auch alle Gelegenheit und Wege, so „mich zu einer bösen Information, Zweifel, oder „dergleichen bringen möchten, gänzlich zu meiden.„ Moser XIX. S. 418. folg.

III. A. 1656 bedungen sich die sächsischen Landstände, ehe sie dem Churfürsten Johann Georg II hul-

huldigten, daß „im Falle Ihro churfürstlichen „Durchlaucht einige Veränderung in der Religion „vornehmen würden, sie auch alsdenn ihres Eides „los seyn würden.„ Theatr. Europ. Tom. VII. ad ann. cit.

IV. In dem Hauptrecesse vom Jahre 1657 zwischen des Churfürsten Johann Georg I zu Sachsen Prinzen, wurde beliebt, „dieweil . . . so haben „Ihro churfürstl. Durchlaucht mit Höchstgedacht „Dero vielgeliebten Hrn. Brüdern . . . für sich und „Dero Nachkommen, stät, fest und unverbrüch„lich sich dahin vereiniget und verbunden, daß die„selbe allerseits . . . bey der gegenwärtig darin be„findlichen wahren christlichen Religion, wie selbige „in Gottes Worte, den prophetischen und apostoli„schen Schriften gegründet, auch in der ungeänder„ten A. C., schmalkaldischen Artikeln, großen und „kleinen Catechismo Lutheri, und Formula Con„cordiae verfaßt, bis an Dero Lebens seligem Be„schlusse fest bestehen.„ Moser XXIII. S. 406.

V. A. 1690, in den Ehepacten Herzogs Johann Wilhelm zu Sachsen Eisenach (luther.), mit der Prinzessin von Nassau Oranien (reform.) wurde beliebt:

beliebt: „Die fürstlichen Kinder beyderley Geschlechts „sollen in der lutherischen Religion erzogen werden; „und welche männlichen Geschlechts oder Prinzen „sind, sich zu keiner andern Religion mögen beken„nen; den Prinzessinnen aber solle nach erreichten „Jahren und vollkommenem Verstande nicht gewehret „werden, sich nach Belieben zu der Frau Mutter „Religion zu wenden, ohne daß dieselbe dadurch von „den ihnen von Rechts und Natur zustehenden Be„neficien ausgeschlossen, oder ihnen davon das ge„ringste benommen oder entzogen werde.„ Moser XIX. S. 417.

VI. 1690. Susanna Johanna, Gräfin zu Oettingen, heirathete den Grafen zu Castell Remlingen; und in den Ehepacten wurde ausgemacht, daß die Kinder bey der evangelischen Religion gelassen werden sollten. Der Graf wurde katholisch, und ließ seinen Sohn in der katholischen Religion erziehen. Hierüber klagte die Gräfin beym Reichshofrathe. Moser XXII. S. 177.

VII. 1719, 19. Aug. stellte Maria Josepha, Erzherzogin von Oesterreich, bey ihrer Verlobung an den königl. polnischen und sächsischen Chur-

prinzen

prinzen Friedrich August, eine Verzichtsurkunde aus, behielt sich aber für sich und ihre Nachkommen die Erbfolge vor, wenn keines mehr, weder männlichen noch weiblichen Geschlechts, von Carl VI vorhanden wäre, doch mit der Restriction: „Quam „ipsam tamen reservationem nostram de iis „duntaxat heredibus et posteris nostris ma„sculis seu feminis intellectam volumus, qui „et quae catholicam et apostolicam romanam „religionem eveniente casu profitentur, cum „*omnes*, *qui alicui alteri* quam cathol. apost. ro„manae religioni addicti vel addictae essent, „ab omni supradicta successione, ex nunc et „in perpetuum, *pro exclusis et inhabilibus* haben„di sunt, prout eos easque pro perpetuo ex„clusis et inhabilibus *) hisce habemus ac de„claramus.„ Moser XV. S. 480.

VIII. 1730. „Wenn ein oder der andere Tu„cher ... die evangelischlutherische Religion verän„dern, und zu einer andern treten würde, derselbe alsdann

*) Der Satz, daß durch Abtritt von der katholischen Religion alles Thronrecht verwirkt werde, wurde in den Schriften, die vor 200 Jahren in Frankreich gegen Henry IV verbreitet wurden, allgemein gelehrt.

„alsdann der Nutznießungen und aller Zusprüche zu „den Stiftungen und Familiensachen, wie die im„mer Namen haben möchten, gänzlich verlustiget „seyn solle.„ Tucherscher Familienvertrag vom Jahre 1730, §. 13, — in den neusten Staatsacten unter Joseph II, B. I, S. 374, 467.

IX. Herzog Georg von Sachsen wollte seinen Bruder Heinrich excludiren, wenn er seiner Vorschrift in Religionssachen nicht nachkommen würde. Moser XXV, S. 215, 218; XXIV, S. 446.

X. Im Hause Oesterreich sollen, kraft einer noch nicht publik gewordenen Verordnung, alle noncatholici a successione ausgeschlossen seyn. — Moser XXV, S. 480.

XI. Auch in Sachsen, Pfalz, Wirtemberg, sind Stammpacta zu Erhaltung der evangelischen Religion vorhanden. Moser XXV, S. 260.

II.

Kurze Darstellung des Gegenstandes, worüber im sechszehnten Jahrhunderte zwischen Brandenburg und Nürnberg unter dem Namen „fraischliche Obrigkeit„ gestritten wurde. Aus den Acten selbst geschöpft zur Berichtigung der Cramerischen Nebenstunden.

I.

Bey den mannichfaltigen Landeshoheitsstreiten, welche wir in den neuesten Zeiten wieder aufleben sahen, wurde auch das Andenken jenes Rechtsstreits erneuert, der im sechszehnten Jahrhunderte zwischen Brandenburg und Nürnberg wegen der fraischlichen Obrigkeit um diese Reichsstadt am kaiserlichen Reichskammergerichte geführt und entschieden wurde.

In jeder Rücksicht ist dieser Rechtsstreit aller Aufmerksamkeit würdig. Es ward in demselben über nicht weniger als 80 Ortschaften gestritten, es galt der fraischlichen Obrigkeit in einem Umkreise von meh-

mehreren Meilen um Nürnberg, dieser Reichsstadt wurde alles Territorium von den Stadtgräben an bestritten, der Gegenstand des Streites also ist wichtig. — Der Proceß wurde ganz in dem articulirten Verfahren geleitet, in dem Zeitraume von 1526 bis zum Jahre 1583 war das Endurtheil da, obgleich das Kammergericht seinen Sitz in dieser Zwischenzeit veränderte, und 4 Jahre nachher erfolgte ein Urtheil von einer Reichsvisitation; von dieser Seite ist dieser Streit instructiv. — Und wenn Herr von Cramer *) diese beyden Urtheile zur Bestärkung des Satzes **) anführt, daß fraischliche Obrigkeit ein wahres Kennzeichen, oder ein gleichbedeutendes Wort mit der heutigen Landeshoheit sey; so ist dieser Rechtsstreit höchst merkwürdig.

II.

Nirgendswo fand ich eine genaue Idee von diesem so merkwürdigen Processe, nirgendswo ein vollständiges Verzeichniß der in dieser Sache gewechselten Schriften, nirgendswo eine getreue Anzeige, worüber denn eigentlich gestritten, und wie dieser Streit von den Partheyen angelegt worden sey.

*) Nebenstunden Th. 56, S. 98.

**) In s. Observationen obs. 538. hatte er dies behauptet.

Ein günstiger Zufall brachte die vollständigen Acten dieses Rechtsstreits in meine Hände, und ich werde im nächsten Bande meiner Abhandlungen ein chronologisches Verzeichniß dieser Schriften, mit Anmerkungen zur Erläuterung des älteren articulirten Verfahrens liefern. Jetzt mache ich aus denselben nur eine Bemerkung zur Berichtigung des Herrn v. Cramer, zum Beweise, daß dieser Rechtsstreit den Satz: die Fraisch im Mittelalter und heutige Landeshoheit seyen gleichbedeutende Worte, mehr entkräfte, als bestärke; weil mir ein solches Zeugniß öffentlich abgelegt von einem Manne, der als Beysitzer des kais. Reichskammergerichts aus der Quelle selbst schöpfen konnte, viel zu bedeutend schien, als daß der hiebey begangene Irrthum ungerügt bleiben könnte.

III.

Betrachtet man das markgräfliche Klagschreiben, wie es bey dem k. R. K. G. zu Eßlingen den 23. November 1526 producirt, und von H. v. Cramer in seine Nebenstunden selbst eingerückt wurde; so überzeugt man sich vollkommen, daß nur allein über die fraischliche Obrigkeit, keineswegs aber über

die

die landesfürstliche Obrigkeit von Brandenburg eine Klage erhoben worden sey.

Brandenburg sagte in dem Klaglibell, ihm stehen die Land, hohe Gerichte, Geleit, Zoll und Wildbann, die Regalien und hohe gerichtbarliche Obrigkeit des Burggrafthums Nürnberg zu, und es befinde sich im Besitze der fraischlichen Obrigkeit — dessen unangesehen „so unterstehen sich Burgermei„ster und Rath ehegenannter Stat Nürmberg, und „sonderlich Martin Geüter jr Mitburger zu Kalck„reüt, an etlichen obgemelten enden, orten und ge„zirken, in jr F. Gn. Fürstenthumb, Land und Ter„ritorium deß Burggrafthumbs zu Nürmberg gele„gen, und sich Fraißbare that und hendel begeben, „dieselben auß aignem fürnemen, und wider Recht „und alle billichait für sich zu ziehen und zu straffen, „Dardurch die hochgenannten Marggrauen an jrer „F. G. hoher Jurisdiction und fraißlicher Oberkeit „turbirt, verhindert und geirrt werden.„ — Und nun schloß der marggräfliche Anwald mit der Bitte: „in Recht zu sprechen und zu erkennen, das den von „Nürmberg — den hochgedachten Marggrauen um „ihrer G. hohen Jurisdiction und fraißlicher Ober-

 „kait

„kait — solche turbation — zuzufügen nit gezimmt „noch gebürt hab ꝛc.„

IV.

Brandenburg stellte also offenbar seine Bitte nur auf die fraischliche Obrigkeit, und nur darüber ward gestritten, wie denn auch in den Schriften der Partheyen und den richterlichen Aussprüchen immer nur die fraischliche Obrigkeit als der eigentliche Gegenstand des Rechtsstreites angegeben und jeder Beweis nur dahin gerichtet wurde.

Findet man nun auch, daß in dem Klagschreiben sowohl, als den übrigen Verhandlungen der Partheyen von der landesfürstlichen Obrigkeit Meldung geschehen; so kann dies doch keineswegs Cramers Behauptung rechtfertigen, sondern sie wird hierdurch vielmehr entkräftet.

V.

Erwägt man nämlich die ganze Anlage des Processes, so wie sie brandenburgischer Seits schon bey der Klage gewählt wurde, genauer; so überzeugt man sich, daß dieser Rechtsteit in possessorio ordinario von Brandenburg angebracht wurde. Es waren

waren mit dem Klaglibell gar keine Bescheinigungen verbunden, Brandenburg suchte kein Mandat, sondern es wurde in der Klage gebethen: „Die gedach„ten von Nürmberg, und den vorgenannten Geüder „jhren Burgern auch anzuhalten, uff nachvolgende „Clag gnugsam antwort zu geben, und den Krieg „des Rechtens gnugsam zu beuestigen, fürter zuge„schehen, was recht ist, und wo solch Clag vernaint „werden, so erbeut sich Anwald dieselben (doch den „Ueberfluß hindan gesetzt) zu beweisen, bitt, sich „darmit zuzulassen, und zaigt, wie obgemelt, Clag„weiß an.„

Um nun eine possessionem titulatam herauszubringen, berief sich Brandenburg auf die landesfürstliche Obrigkeit als den Rechtsgrund, wegen dem es die fraischliche Obrigkeit besitze.

VI.

Der ganze Proceß war also schon in seiner ersten Anlage auf das Raisonnement gebaut: Brandenburg ist um Nürnberg herum Landesherr, und im Besitze der fraischlichen Obrigkeit; also nicht schuldig, einem Fremden, der einen besondern Rechtsgrund nicht für sich hat, die fraischliche, oder wie sie selbst

brandenburgischer Seits öfters genannt wird, peinliche Obrigkeit zu überlassen.

Wenn nun auch die Reichsstadt Nürnberg den Herrn Marggrafen von Brandenburg bey dieser Gelegenheit die Landeshoheit über die bestrittenen Orte angefochten hat; so ist es doch wohl offenbar, daß demungeachtet der Streit bloß über die fraischliche Obrigkeit geführt, und über die Landeshoheit nicht weiter gestritten worden sey, als in so weit sie als Rechtsgrund der fraischlichen Obrigkeit angegeben wurde.

VII.

Bey diesem Rechtsstreite war also nicht die Frage, ob die fraischliche Obrigkeit und die Landeshoheit synonim seyen, oder die letzte aus der ersten fließe; sondern gerade umgekehrt schloß Brandenburg, daß ihm die Cent gebühre, weil es die landesfürstliche Obrigkeit um Nürnberg habe.

Noch näher aber überzeugt man sich hievon, wenn man die Gründe betrachtet, mit welchen Brandenburg die fraischliche Obrigkeit an den einzelnen Orten sich gegen Nürnberg erkämpfen wollte.

In der Schrift, welche Brandenburg unter der Rubrik: Replicae in puncto positionalium zu Speyer den 28. November 1567 übergab, heißt es fol. 9. wegen Schwertzenbach: „Was dises „Dorff betrifft, repetirt klagender Anwald abermals „seinen offtangezogenen tittel, daß die Marggrauen „als Burggrauen, Landesfürsten und der Kay. Mt. „Erblandrichter sein, possessionem titulatam ha„ben, und denen von Nürnberg billich vorgezogen „werden, die den Titul im geringsten nicht bewiesen.„ So repetirt wegen Ochebruck „klagender An„wald abermals den Tittel und ankunfft des Burg„grafthumbs, landsfürstlicher Obrigkeit und Lands„gerichten.„ Am deutlichsten ist die brandenburgische Aeußerung wegen Feücht: „klagender Anwald „beruhet für und für auff dem tittel deß Burggraf„thumbs, desselben Landgericht, landsfürstlicher Obrig„keit und andern, in welchem das Dorff Feücht ge„legen, und die Burrggrauen nicht schuldig, jemand „eine fraißliche Obrigkeit einzuraumen, er beweiß es „dann, welches aber Nürnberg nicht gethan; Und „seind darzu die Burggrauen in quasi posseß der „fraißlichen Obrigkeit am selben Dorff.„ Und dies letzte wird wörtlich bey Großschwarzenlohe, Neußes,

und fast bey allen übrigen im Streite befangenen Orten wiederholt.

VIII.

Bestimmter konnte sich Brandenburg nicht ausdrücken! Es wird **landesfürstliche Obrigkeit** von der **fraischlichen Obrigkeit** unterschieden, nicht die erste aus der letzten, sondern die letzte aus der ersten hergeleitet, und Landeshoheit nur als der Rechtsgrund des brandenburgischen Besitzes der Cent angeführt. Daß demnach beyde Ausdrücke nicht gleichbedeutend seyen, hat Brandenburg hierdurch selbst anerkannt, eine Anerkennung, welche um so bedeutender ist, je näher dieser Rechtsstreit an das Mittelalter angrenzt *).

Dies wird hinlänglich zeigen, daß Herr von Cramer diese Sache sehr irrig als eine Bestärkung seiner Behauptung anführe.

III. Von

*) Mit dem Hr. geh. Justizr Pütter in s. Etwas zur vorläufigen Uebersicht des deutschen Staatsrechts der mittleren Zeiten (Göttingen 1788. 8.). S. 6. nehme ich das Ende des XV. Jahrhunderts als das Ende des Mittelalters an.

III.

Von den Wirkungen der Einrede des nicht gezahlten Geldes im Executivprocesse.

I.

Die großen Vortheile, welche für den Gläubiger aus dem Executivprocesse entspringen, sind offenbar die Ursache, daß jeder Gläubiger diese Bahn vor jeder andern zu betreten, aber auch der Schuldner diesem lästigen Wege zu entgehen sucht.

Weder im römischen Rechte, noch in allgemeinen, für ganz Deutschland geltenden bestimmten Gesetzen darf man seinen Ursprung aufsuchen *), nur durch Gerichtsgebrauch ward diese privilegirte Proceßgattung eingeführt, daher kömmt es aber auch, daß manches in dieser so frequenten Materie schwankend und ungewiß ist **).

II.

*) Danz summar. Processe. §. 29.

**) Schon Mevius von wucherlichen Contract. Th. I. Hauptst. 2. §. 5. hat über die Ungewißheit im executivischen Verfahren geklagt.

II.

Insbesondere hegen die Rechtslehrer nicht einerley Meynung über die Frage, ob die Einrede des nicht empfangenen Geldes den Executivproceß hemme, wenn der Schuldner sie nicht auf der Stelle beweisen kann? Folgender Rechtsfall, den ich mit den eigenen Worten meines Gegners hersetze, wird die Frage anschaulich machen.

„Ein Münzjude belangt einen Handelsmann „Franz Farian auf eine Summe von 12000 Gulden in alten Louisd'or zu 5 Thlr. executivisch, und „gründet seine Foderung auf klare Brief und Siegel, „welche alle erfoderliche Eigenschaften haben. Farian „recognoscirt seine ausgestellte Schuldverschreibung, „setzt aber dem Kläger die Ausflucht des nicht bezahlt erhaltenen Geldes entgegen, mit der Bitte, „daß, weil die in den Gesetzen vorgeschriebenen 2 „Jahre noch nicht verflossen seyen, der executivische „Proceß sistirt, und der Jude zur Uebernehmung „des Beweises der geleisteten Bezahlung angehalten, auch alles nach Vorschrift des ordentlichen „Processes verhandelt werden möchte. Dem Juden „ist dieser Umstand gar nicht gelegen; er beharrt also

„auf

„auf seiner recognoscirten Urkunde, verbittet sich „allen Beweis und ordentlichen Proceß, und hinter„setzt zu einem Spruche, welches auch vom Farian „geschieht„ *).

III.

Ludovici **) wälzt in diesem Falle dem Kläger die Last des Beweises zu, und scheint seiner Sache so gewiß zu seyn, daß er seine Meynung ohne alle Gründe nur in Folgendem vorträgt: „es wird erfo„dert, wenn der processus executivus statt ha„ben soll — 4) daß zwey Jahre verlaufen seyen, „denn sonst möchte der Schuldner annoch excep„tionem non numeratae pecuniae opponiren, „und der Kläger müßte alsdenn abermalen die ge„schehene Zahlung in processu ordinario erweisen. „Man kann zwar zum Versuche annoch vor 2 Jah„ren die Klage anstellen, allein man muß sich auch „bemeldete Exception alsdann nicht befremden lassen.„ Auch Claproth ***) läßt diese Einrede im Executivprocesse

*) Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle von den Verfassern der neuesten juristischen Literatur (Gmelin und Elsässer). Band II. Abh. 2. §. 16.

**) Einleit. zum Civ. Proc. Cap. III. §. 2.

***) Summarische Proc. §. 161.

processe zu, und bemerkt, daß sie vom Imploraten nicht bewiesen werden müsse.

IV.

Es läßt sich wohl erwarten, daß diese — ohne beygesetzten Gründen geäußerte Meynung nicht unangefochten blieb, da ältere und gleichzeitige Schriftsteller das Gegentheil behaupteten *), und Ludovici die Gründe dieser Rechtslehrer gar nicht geprüft und abgewogen hatte. Einer besondern, ausführlichen Erörterung würdigte diese Frage Elsässer **), der sich dafür erklärt, daß die Einrede des nicht empfangenen Geldes im Executivprocesse nur dann statt finde, wenn sie der Beklagte in continenti erweisen kann; daß aber außerdem diese Einrede ad separatum zu verwelsen sey, wo jedoch in der Reconvention der Widerbeklagte den Beweis der geschehenen Zahlung zu führen habe; welcher Meynung auch Danz ***) beypflichtet.

V.

*) *Schaumburg* Princip. prax. jud. Lib. II. cap. 2. §. 11. *Finkelthaus* Obs. 119. u. a. m.

**) In den oben angezeigten gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen. Band 2. (Frankf. und Leipz. 1777. 8.). Abh. 2.

***) a. a. O. §. 32. n. 6.

V.

Nicht das Ansehen der Rechtsgelehrten, welche sich für die von Elsässer aufgestellten Sätze erklärten, nicht Elsässers Gründe können mich auf seine Seite bringen; vielmehr bin ich von der Richtigkeit der Meynung des Ludovici überzeugt, und werde sie in dieser Abhandlung in der Art ausführen, daß ich zuerst meine Gründe vortrage, sodann die Einwürfe der Gegner widerlege.

VI.

Gewiß ist es, daß die Absicht, den Kredit durch schleunige Justizpflege zu erhalten, dem Executivprocesse sein Daseyn gegeben habe. Der Gläubiger, welcher alle wesentlichen Stücke seiner Klage sogleich behörig darthun kann, soll mit den Umschweifen des ordentlichen Processes verschont, und der Schuldner verbunden seyn, seinen Gläubiger sogleich zu befriedigen, wenn seine Einreden nicht eben so, wie der Klagegrund auf der Stelle bewiesen werden können *). Immer aber fodert der Executivproceß, daß der Kläger alle wesentlichen Stücke seiner Klage sogleich durch Urkunden beweise, und wo dies mangelt,

*) Danz a. a. O. §. 30.

gelt, kann offenbar der Executivproceß nicht statt finden, darin stimmen alle Practiker überein; aus eben diesen unbestrittenen Rechtssätzen ergiebt sich, daß die ganze Entscheidung der aufgestellten Frage von einer richtigen Bestimmung jener Wirkungen abhänge, welche die Einrede des nicht empfangenen Geldes in Rücksicht auf die Beweiskraft jener Urkunde hervorbringt, der diese Einrede innerhalb zweyer Jahre entgegengesetzt wird.

VII.

Der alte Literalcontract, dessen Natur uns am besten Theophilus *) beschreibt, war schon zu Justinians Zeiten abgekommen; ich verweise hierüber meine Leser auf die Leichenrede, welche Meurer **) in einer schönen Mischung von Gründlichkeit und Laune diesem Literalcontracte gehalten hat. Auf richtigere Grundsätze brachte Justinian diese Sache, welche von der Zeit an, wo der alte Literalcontract außer

*) In Paraphrasi Instit. ad §. un. J. de literar. obligat. Für Leser, welche dieses Werk nicht besitzen, bemerke ich, daß diese Stelle in Waldeks Institut. §. 328 abgedruckt ist.

**) Juristische Abhandlungen. Erste Samml. (Leipz. 1780, 8.). Abh. 3. S. 97.

außer Uebung war, durchaus nur auf schwankenden Stützen ruhte. Nach dieser Justinianeischen Reforme ist nun ein Schuldbrief (chyrographum) eine Urkunde, worin einer bekennt, daß er vom Andern eine gewisse Sache oder Quantität empfangen habe, und sie ihm schulde. Durch diese Schrift entstehet nicht der Contract, sondern sie soll den Beweis dieses Contractes enthalten *).

VIII.

Ueber die Kraft dieses Beweises gehen unsere Gesetze von der Vermuthung aus, einer könne in dem Drange seiner Bedürfnisse von demjenigen, bey dem er Hülfe sucht, sehr leicht verleitet werden, einen Schuldbrief von sich zu stellen, ehe er noch das versprochene Anlehen erhalten habe; sie verordnen deßhalb, daß erst nach einem Zeitraume von zwey Jahren aus dem Schuldbriefe der Beweis über die Existenz des Contractes hergestellt werden könne. Nach zwey Jahren werden demnach durch einen Schuldbrief alle wesentlichen Stücke der Klage erwiesen, und der Beklagte kann sich nach dieser Zeit im

*) Meurer ang. Samml. Abh. 2. §. 75. u. f.

im Executivprocesse mit der Einrede, daß keine Schuld existire, nicht anders schützen, als wenn er sie sogleich liquid machen kann.

IX.

Wenn aber die Schuldurkunde noch keine zwey Jahre alt ist, — der Fall, von dem ich hier eigentlich spreche — so kann der Beklagte die Einrede des nicht empfangenen Geldes entgegensetzen, und dies hat die Wirkung, daß der Gläubiger durch andere Wege den Beweis der geschehenen Numeration beybringen muß. Gar keine Handlung des angeblichen Schuldners ist hiebey nothwendig, er hat gar nichts zu beweisen, sobald er sagt, er habe das Geld nicht empfangen, muß der Kläger die Zahlung erweisen — schon das „*dicere*, non esse sibi solutas pecunias„ genügt nach klarer Bestimmung der Gesetze *), welche Meurer ganz vortrefflich erläutert **).

X.

Durch eine richtige Anwendung dieser allgemeinen Wahrheiten überzeugt man sich leicht, daß 1) eine Urkunde

*) L. 14 §. 2 C. de non numer. pecun.
**) A. a. O. Abh. 2. insbesondere §. 62. S. 82.

kunde alle Beweiskraft verliere, sobald ihr vor Verlauf zweyer Jahre die Einrede des nicht empfangenen Geldes entgegengesetzt wird; der Kläger muß durch andere Mittel die Numeration — das heißt — das Daseyn des Contractes erweisen, und sein Schuldbrief nützt ihm hiezu nicht; daß demnach ein Gläubiger, welchem die Einrede des nicht gezahlten Geldes innerhalb der gesetzlichen Zeit entgegengesetzt wurde, in keiner Rücksicht mehr behaupten könne, er habe alle wesentlichen Stücke seiner Klage erwiesen, ist wohl offenbar, aber auch der klarste Beweis, daß durch die Einrede des nicht empfangenen Geldes der Executivproceß gehemmt werde.

XI.

2) Mit gutem Grunde stellt Danz *) den Satz auf, alle verneinenden Einreden könnten im Executivprocesse vom Beklagten gebraucht werden, denn sie bedärfen keines Beweises, wälzen vielmehr denselben allemal auf den Kläger, und man zählt sie aus dieser Ursache zu den also fort liquiden Einreden **).

*) Summar. Proc. §. 37. n XIV.

**) Danz Grundſ. des ordentl. bürgerlichen Processes. §. 187. n. 1.

Nun ist es doch wohl nicht zu bestreiten, daß die Einrede des nicht empfangenen Geldes zu den verneinenden Einreden gehöre *); sie bedarf keines Beweises, der Kläger, dem sie entgegengestellt wird, hat den Beweis zu führen; eben deshalb hat sie auch im Executivprocesse statt.

XII.

Mehr bedarf es wohl nicht, um die Richtigkeit der Meynung des Ludovici darzuthun. Folglich kann 1) ein Jeder auf Urkunden, wenn sie gleich noch nicht zwey Jahre alt sind, executiv klagen; denn nicht der Mangel des Bienniums, sondern die wirkliche Einwendung der Einrede des nicht bezahlten Geldes benimmt der Urkunde die Beweiskraft; 2) hat der Implorat diese Einrede entgegengesetzt; so braucht er nichts zu beweisen; die Einrede ist an sich eine negative (§. XI.), welche die Last des Beweises auf den Kläger wälzt, und diese Natur behält sie auch im Executivprocesse, denn die Pro-

*) Danz a. a. O. § 155. Sch. b. zählt unter die verneinenden Einreden ausdrücklich jene des nicht bezahlten Geldes; er stehet also mit sich selbst im Widerspruche. Sieh dessen Grundsätze der summarischen Processe. §. 32 n. 6.

Proceßart kann doch die Natur der Einreden nicht abändern. 3) Wurde diese Einrede vom Beklagten vorgeschützt; so kömmt es nur darauf an, ob der Kläger die Numeration auf der Stelle darthun kann, oder nicht. Daß im letzten Falle der Executivproceß aufhöre, ergiebt sich von daher, weil der Kläger alle wesentlichen Stücke seiner Klage nicht sogleich erweisen kann, ohne welchen an den Executivproceß nicht zu denken ist (§. VI. u. X.); im ersten Falle aber ist das einzige zu bemerken, daß ein Gegenbeweis des Beklagten nur dann zugelassen werden könne, wenn er sogleich liquid ist.

XIII.

Nun ist nur dies übrig, daß wir auch die Gründe hören, welche Elsässer für die gegentheilige Meynung anführt.

1) Schon darin irrt Elsässer, daß er den Grund meiner Meynung nur darin zu finden glaubt, daß es wunderbar sey, einem Beklagten das in den Gesetzen bestgegründete Recht, sich innerhalb des Bienniums mit der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes wider den Gläubiger zu schützen, nur so obenhin zu

entziehen, und die Wirkung der Gesetze gleichsam nur von der äußerlichen Form eines Processes abhängen zu lassen.

Denn so wunderbar es auch ist, daß der Beklagte wegen der äußern Form des Processes bey der Einrede des nicht empfangenen Geldes die Last des Beweises tragen soll, die ihm die Gesetze in dem Zeitraume von zwey Jahren auf keinen Fall auflegen (§. XI. und XII. n. 2.); so war ich dennoch weit entfernt, auf diesen Grund meine Meynung zu bauen; vielmehr habe ich gezeigt, daß selbst nach der Form des Executivprocesses diese Einrede statt finde, und zwar mit der Wirkung, daß an denselben nicht weiters gedacht werden kann, wenn nicht der Kläger sogleich die Numeration zu erweisen im Stande ist.

XIV.

2) Bey dem Executivprocesse sollen keine Einreden, die nicht sogleich erweislich sind, zugelassen werden — dies gebe ich Elsässern sehr gern zu. Aber die Anwendung dieses Satzes machen wir beyde freylich jeder auf eine andere Weise; ich rechne die Einrede des nicht gezahlten Geldes zu den negativen,

welche

welche nach Bestimmung aller Rechtslehrer auch im Executivprocesse statt finden (§. XI.). — Das Gegentheil folgert Elsässer. Indessen soll es mir nicht schwer werden, die Richtigkeit meiner Sätze darzuthun.

Wenn die Gesetze Beweise fodern, welche sofort liquid sind; so haben sie hier nicht die Absicht, zu bestimmen, wer den Beweis liefern müsse: sondern sie fodern von jenem, der beweisen muß, liquide Beweise; denn wer überhaupt gar nicht zu beweisen schuldig ist, von dem kann man's doch noch weniger fodern, daß er an der Stelle beweise; insbesondere zeigt sich die Richtigkeit dieses Satzes bey der Einrede des nicht gezahlten Geldes, da sie in einer gewissen Rücksicht als exceptio juris angesehen werden kann, weil die Gesetze vor Verlaufe des Bienniums vermuthen, die Numeration sey nicht geschehen.

XV.

3) Das wichtigste aller seiner Argumente ist wohl von daher entnommen, daß die römischen Gesetze in dem Executivprocesse, von dem sie nichts wußten, eben so gut, als in vielen Stücken des Wech-

selprocesses ihren Abfall leiden müssen, wenn sie unanwendbar sind, und der ganzen Natur einer neuern Proceßart widersprechen.

Wahrhaft, das römische Recht verfiel von einem Extreme in das andere, und befindet sich itzt in einer Zeit, wo es für die Sünden büssen soll, die unsere Vorfahren aus Vorliebe für das römische Recht an andern Rechtstheilen begingen! Schon dies, daß Elsässer auch nicht einen Grund der Unanwendbarkeit näher angegeben habe, wird den kälteren Beurtheilen gegen die Richtigkeit dieses Zweifels mißtrauisch machen; indessen soll es allein diesen Gegengrund nicht auflösen.

Hätte man die Natur des Executivprocesses aus dem römischen Rechte bestimmen wollen; so würde der gemachte Einwurf ganz gegründet seyn; allein davon war ich weit entfernt: ich blieb bey der Natur des Executivprocesses genau stehen (§. VI.), foderte nach seiner Eigenschaft unter Bestimmung aller Rechtslehrer nur dieses, daß alle wesentlichen Stücke der Klage sogleich erwiesen werden können, und zoh den Schluß: Die Einrede des nicht gezahlten Gel-

des

des benimmt einem Schuldbriefe alle Beweiskraft (§. IX.): also hat der Kläger, wenn sie ihm entgegengesetzt wird, durch die Schuldurkunde gar kein Stück seiner Klage bewiesen (§. X.): folglich hemmt sie den Executivproceß, wenn nicht der Kläger die Numeration sogleich erweisen kann. — Welcher Satz ist nun aus dem römischen Rechte entlehnt? Doch wohl kein anderer, als der: eine Urkunde, wenn ihr innerhalb des Bienniums die Einrede des nicht gezahlten Geldes entgegengesetzt wird, hat keine Beweiskraft — dies wird hoffentlich keine Anwendung des römischen Rechtes auf unbekannte Gegenstände genannt werden können, so wenig, als man Bedenken trägt, die Eigenschaften, welche die Urkunden sonst an sich tragen müssen, auch bey dem Executivprocesse nach römischen Gesetzen zu bestimmen.

XVI.

4) Nun ist Elsässer so billig, daß er den Beklagten, der im Mangel liquider Beweise seine Einrede im Wege der Widerklage geltend machen müßte, von der Last des Beweises frey spricht, weil hier kein Executivproceß mehr vorhanden ist, also das römische Recht seine volle Anwendung wieder finden kann;

 aber

aber eben darin setzt er einen Grund für sich, daß die Wirkungen dieser rechtlichen Wohlthat für den Beklagten in der Hauptsache nicht verloren gehen, somit ihm kein Schaden zugefügt werde.

Daß schon überhaupt hieraus nichts folge, wenn es auch richtig wäre, ist ohne meine Bemerkung offenbar. Allein hier tritt noch hiezu, daß der Beklagte nach der Meynung Elsässers wirklich der Wirkungen seiner rechtlichen Wohlthat beraubt werde; denn schon dadurch, daß Elsässer dem Beklagten die Last des Beweises auflegt, von der ihn sonst alle Gesetze befreyen, wird ihm kein geringer Schaden zugefügt; dieser Nachtheil vergrößert sich aber ungemein dadurch, daß der Beklagte nach Elsässers Meynung erst das Geld erlegen, und dann seine Einrede in dem beschwerlichen Wege einer Nachklage geltend zu machen suchen müßte, wodurch dieser den Genuß seines Geldes eine nicht unbedeutende Zeit hindurch entbehren, und noch überdies die Kosten des Processes bey der Nachklage aufwenden muß.

IV.

Prüfung des Satzes, daß Transacte streng zu interpretiren seyen, und Berichtigung der gewöhnlichen Begriffe von allgemeinen und besonderen Transacten.

I.

Transacte sind nicht selten ihrem Endzwecke gerade entgegen die Quelle neuer Processe, weil über ihre Auslegung öfters Streit entstehet, ob nämlich ein Transact auf einen Anspruch sich erstrecke, den man eben itzt geltend machen will. Grundsätze also, nach welchen man bey Interpretation der Transacte sich zu richten hat, sind von der größten Wichtigkeit; aber es ist so leicht nicht, richtige Grundsätze hierüber aufzufinden, weil die Rechtslehrer andere Meynungen aufstellen, als die Gesetze.

Voet, Stryck, Schilter, Struv mit seinem Commentator Müller, Huber, Schaumburg, Leyser, Böhmer, Hellfeld und noch unzählige andere

Rechts=

Rechtsgelehrte gehen von dem Satze aus, daß Transacte einschränkend (einige sagen stricte, andere strictissime) auszulegen seyen, machen ihn zur Hauptregel, und bestimmen nach ihr, ob ein einzelner Anspruch in dem Transacte begriffen sey. — Transacte, sagen sie, enthalten eine Loszählung von einem Anspruche, sind eine Art von Renunciation, somit streng zu erklären; nebst diesem aber berufen sie sich auf einzelne Gesetze des römischen Rechtes *), welche ihre Behauptung rechtfertigen sollen.

Weil nun andere Gesetze eine ausdehnende Erklärung zu begünstigen scheinen **), so wissen sie sich aus dieser Verlegenheit nur dadurch zu helfen, daß sie

*) L. 9. §. 1. D. de transact. „Transactio, quaecumque sit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur.„

**) L. 12. D. de transact. L. 29. C. eod. „Sub praetextu *specierum* post repertarum *generali* transactione finita rescindi, prohibent jura.„ *Leyser* spec. 46. med. 11 hat gegen Gothofred sehr kurz und bündig bewiesen, daß unter dem Worte species nicht Urkunden, sondern Individuen im Gegensatze von Genus zu verstehen seyen. Von neu aufgefundenen Urkunden handelt schon L. 19 C. de transact. und in diesem Gesetze werden sie instrumenta genannt.

sie eine Ausnahme annehmen, welche ich mit den eigenen Worten eines dieser Rechtsgelehrten nur zur Probe anführen will. Huber *), nachdem er die angeführte Regel vorgetragen hat, sagt: „Nisi „aliunde aliisque argumentis et circumstantiis „probatum fuerit, etiam de eo, quod specia- „liter non est expressum, partes cogitasse.„

II.

Allein von diesem Satze kann ich mich niemals überzeugen, wenn man ihn für eine, den Transacten besonders eigene Regel ausgeben will, als ob Transacte anders und strenger, als die Verträge überhaupt auszulegen seyen.

Wenn auch Transacte eine Veräußerung der Befugnisse enthalten; so gehet doch bey ihnen nichts anders vor, als was wir bey allen Verträgen bemerken. In der Natur der Sache also finde ich keinen Grund, einen Transact eingeschränkter zu erklären, als einen Kauf.

Auch jene Gesetze, die man gewöhnlich zum Beweise des Satzes anführt, den ich anfechte, beweisen nichts

*) Praelect. jur. civ. ad Pand. Lib. II. tit. 15. §. 11.

nichts anders, als dies, daß Transacte nur von jenem Gegenstande zu verstehen seyen, worüber die Paciscenten sich verglichen haben. Ein Satz, der schon allgemeine Regel für die Auslegung der Verträge ist; denn ein jeder Vertrag ist nur aus der Absicht der Contrahenten zu erklären, nur von jenem zu verstehen, worüber unter ihnen gehandelt wurde, auch die allgemeinsten Ausdrücke dürfen auf nichts anders, als den Gegenstand des Vertrages ausgedehnt werden.

III.

Eine überzeugende Probe, daß Transacte nicht streng, sondern nur nach der Absicht der Paciscenten zu erklären seyen, liefert uns das römische Recht selbst. Schon im Allgemeinen verordnet dasselbe *), daß ein allgemeiner Transact auch alle Species in sich fasse, die zu dem verglichenen Genus gehören. Noch mehr aber überzeugt man sich, wenn man die Stelle aus dem Celsus **) betrachtet. Er sagt: „Non est ferendus, qui *generaliter* in his, quae „testamento ei relicta sunt, transegerat, si „postea

*) L. 29. C. de transact. Die Worte sind oben Seite 76. angeführt worden.

**) L. 12. D. de transact.

„postea causetur de eo solo cogitasse, quod „prima parte testamenti, ac non etiam, quod „posteriore legatum sit. Si tamen postea co- „dicilli proferuntur, non improbe mihi dictu- „rus videtur, de eo duntaxat se cogitasse, quo „illarum tabularum, quas tunc noverat, scrip- „tura contineretur.„

Hier ist doch offenbar keine einschränkende Auslegung eines Transcates anerkannt, wo das Gesetz alle, auch nicht ausdrücklich benannte Foderungen für erloschen ansieht, wenn der Transact allgemein war, und nicht gezeigt werden kann, daß die Transigenten an eine gewisse Foderung nicht denken konnten.

IV.

So wäre denn der Hauptsatz umgestoßen, von welchem der größte Theil der Rechtsgelehrten ausgieng! Regel ist es, Transacte sind nicht strenger, als die Verträge überhaupt auszulegen, aber wie diese nur von jenem zu verstehen, worüber die Partheyen gehandelt haben.

Indessen werde ich hierdurch der Rechtswissenschaft keinen besondern Schaden zugefügt haben;

denn schon die Ausnahme, welche aus Hüber oben (§. I.) angeführt worden, verschlang fast diese Regel; und auch bey dem Lesen anderer Rechtsgelehrten, welche die strenge Interpretation zum Hauptsatze machen, sieht man es an ihren Sätzen, daß sie selbst durch ihn nicht ganz befriediget waren.

So führt Leyser *) die Regel an: „Trans„actiones *strictissime* interpretandae sunt„ und gleich darauf **) stellt er den Satz auf: „Trans„actio tamen generalibus verbis concepta prae„sumtionem planae liberationis pro se habet, „donec probetur contrarium.„

V.

Worauf man bey Interpretation der Transacte vorzüglich zu sehen habe, lehrt die Natur der Sache, und das römische Recht, welches in dieser Lehre so mißverstanden wurde.

Der Gegenstand, worüber man sich vergleicht, kann entweder ein Genus, oder eine Species seyn; im ersten Falle ist der Transact ein allgemeiner (gene-

*) Medit. ad Pandect. spec. 46. med. 8.
**) Med. 10.

(generalis), im zweyten Falle ein besonderer (specialis).

Muß nun ein Transact, wie jeder andere Vertrag von jenem verstanden werden, worüber die Partheyen handelten (§. II. u. III.); so folgt, daß

1) ein besonderer Vergleich weiter, als die verglichene Species reicht, nicht ausgedehnt werden dürfe, selbst dann nicht, wenn

2) von den Partheyen allgemeine, oder vielmehr unbestimmte Ausdrücke gebraucht wurden *).

3) Wenn man sich über ein Genus verglich; so sind in der Regel **) die zu dem verglichenen Genus gehörigen Species in dem Vergleiche enthalten ***), vorausgesetzt, daß

4) die

*) L. 31. C. de transact. Die Worte und eine Erklärung des Gesetzes kommen unten (§. XV.) vor.

**) Wegen den Ausnahmen verweise ich auf *Hellfeld* Diss. de eo, quod ob species noviter repertas circa transactiones juris est. § 25. u. ff. in s. Oper. minor. (Jena 1789.). Band I. S. 70.

***) L. 12. D. und L. 29. C. de transact.

4) die Transigenten bey dem Transacte an die Species denken konnten *). Endlich darf

5) ein allgemeiner Transact, wenn er auch noch so allgemein abgefaßt ist, über das verglichene Genus nicht ausgedehnt werden **).

VI.

Die Gesetze selbst also zeichnen uns die Bahn vor, auf der wir in Auslegung der Transacte wandeln müssen; sie reduciren alles auf den Hauptunterschied zwischen allgemeinen und besonderen Transacten; von diesen also müssen wir einen ganz richtigen Begriff haben.

Aber auch über diesen Punct lassen uns die Rechtsgelehrten unbefriediget; der größte Theil hieng dem Satze an, daß Transacte streng zu interpretiren seyen, machte daraus seine Folgerungen, und würdigte die Eintheilung der Transacte in allgemeine und besondere gar keiner Betrachtung (§. I.). — Und daß der kleinere Theil der Schriftsteller, welche von dieser Eintheilung handelten, entweder unrichtige

*) L. 3. §. 1. und der angef. L. 12. D. de transact.

**) Hellfeld in der angef. Diss. §. 31.

tige oder undeutliche Begriffe angeben, sollen uns ihre eigenen Worte zeigen.

VII.

Schon überhaupt scheint den Rechtsgelehrten der Begriff von Genus und Species nicht recht zu glücken; viele sagen gar nichts davon, andere haben falsche Begriffe *), einem Theile der Uebrigen wird man den Denkspruch vorhalten dürfen, den Gatterer seiner Chronologie vorsetzte **). — Man darf sich daher nicht wundern, wenn man auch in der Anwendung dieses Punctes auf Transacte Irrthümer antrifft.

Lauterbach ***) und Alef ****) waren der Wahrheit sehr nahe. Sie nehmen drey Arten der

 Trans-

*) Nettelbladt in der Jurispr. posit. germ. comm. §. 29. drückt es in der Art aus: „Genus est res incerta, „species vero certa res est.„

**) Si nemo ex me quaerat, quid sit (tempus) scio; si quaerenti explicare velim, nescio. August. Lib. II. confess. cap. 14.

***) Coll. theor. pract. Lib. 2. tit. 15. §. 6.

****) D. de transact. (Heidelberg 1738.). Cap. II. §. 22.

Transacte in Ansehung des Gegenstandes an. 1) Universell nennen sie jenen Transact, wodurch alle Streitigkeiten unter den Paciscenten verglichen werden, wenn sie auch von verschiedener Art sind: 2) Generell, wenn verschiedene Irrungen abgethan werden, die jedoch zu der nämlichen Gattung gehören, und 3) speciell, wenn eine einzige und bestimmte Sache der Gegenstand ist. — Ob diese Begriffe richtig seyen, werde ich unten prüfen.

VIII.

Richtiger scheint Hellfeld zu denken. Er nennt Genus, determinatio plures sub se continens species, und verstehet unter species mit Rechte jenes nach juristischer Sprache, was man sonst Individuum nennt. Nun theilt er die Transacte in allgemeine und besondere ein, und sagt davon *): „Omnis transactio fit de re dubia, quae vel „genus, vel species est, et sic transactio de „genere aeque ac specie fieri potest. Illa ge„neralis, haec specialis dicitur. Alias quo„que, ratione iuris intuitu rei in transactio„nem deductae competentis transactio vel ge„neralis vel specialis esse potest. Illa vocatur, „quae

*) In der angef. Dissertation §. 22.

„quae fit de ômni jure intuitu rei competente. „Haec vero fit de jure quodam ſingulari. In „hoc igitur ſenſu transactio poteſt eſſe gene- „ralis, quae, vocabulo in alio ſenſu ſumto, „ſpecialis eſt.„

Ich rückte Hellfelds eigene Worte ein, damit meine Leſer ſelbſt urtheilen können, ob die Begriffe deutlich genug vorgeſtellt ſind.

IX.

Am unrichtigſten erklärt ſich über dieſe Eintheilung Renthe *), der die Lehre von Transacten in einer beſondern Schrift in unſerm Jahrzehent bearbeitet hat.

Lauterbachs univerſellen Transact verwirft er, nicht aus der Natur der Sache — was auch wohl unmöglich geweſen ſeyn würde — ſondern weil das römiſche Recht **) verordnet, daß jeder Transact nur von den in ihm ausdrücklich benannten Streitigkeiten verſtanden werden ſoll.

*) Lebrecht Auguſt Renthe (Anhalt. Landſyndicus und Regier. Adv. in Cöthen) Verſuch einer ſyſtemat. Erläuterung der Lehre von den Transacten. Roſtock und Leipzig 1789. 8. §. 8.

**) L. 31. C. de transact.

Er nimmt also nur zwo Arten von Transacten in Rücksicht auf ihren Gegenstand an, allgemeine und besondere, und nennt den Transact „allgemein „(generalis), wenn dadurch alle Zweifel und Miß„helligkeiten, die über mehrere verschiedene Puncte „unter gewissen Personen entstanden sind, gehoben „werden. — Gehet der Transact nur auf einen „gewissen bestimmten Gegenstand; denn ist es der „besondere Transact.„

X.

Zwey Dinge sind es, die ich an allen diesen Begriffen für unrichtig ansehe.

1) Man fodert bey einem speciellen Transacte, daß er auf eine einzige bestimmte Sache gehe. Als wenn die vielfache Zahl ein Genus ausmachte! Wenn ich mit jemand wegen einer Foderung aus einem Kaufcontracte, einer andern aus einem Pachte, und einer dritten aus einem Darlehen in Irrung war, und mit ihm wegen diesen drey Gegenständen mich auf einmal vergleiche; so wär dieses, wenn wir Lauterbachs und Rehntes Begriffe (§. III. u. V.) ansehen, kein besonderer Transact. — Aber ein allge-

allgemeiner ist es doch auch nicht, denn drey bestimmte Gegenstände machen noch kein Genus aus!

Setze man den Fall anders. Wegen einer Societät vergleicht sich ein Socius mit dem andern in der Art, daß alle Foderungen in Ansehung dieser Societät unter ihnen geendiget seyn sollen. — Sie verglichen sich offenbar über eine einzige bestimmte Sache, die Societät — und dennoch würde dies ein allgemeiner Transact seyn, ob man ihn gleich nach den Ausdrücken von Lauterbach und Renthe zu den besondern rechnen müßte.

2) Am unrichtigsten ist es, daß man die Begriffe nach den Gegenständen der Ansprüche (negotium vel res) bestimmte. — Doch eben dies ist der Punct, auf welchen ich meine Meynung baue. Die Widerlegung dieses Satzes und meine Entwicklung der Begriffe verlieren sich in einander, ich werde also statt aller ferneren Widerlegung die Sache selbst erläutern.

XI.

Der wahre Gegenstand eines Transactes ist ein Anspruch, welchen derjenige nicht zugestehet, wider

den er gemacht wird. Mehrere Gesetze des römischen Rechtes beweisen diesen Satz. Einmal sagen sie *): „Quod transactionis nomine datur, li„cet res nulla media fuerit, non repetitur: „nam si lis fuit, hoc ipsum, *quod a lite disceditur*, causa videtur esse.„ Sie verordnen **): „Qui transigit, quasi de re dubia et *lite incerta* „neque finita transigit.„ Sie setzen den Grund eines Transactes in dem timore litis ***). — Ja recht nachdrücklich giebt ein Gesetz ****) streitige Ansprüche als den Gegenstand der Transacte an.

XII.

So wäre denn der Hauptsatz bewiesen; der Gegenstand des Transactes sind streitige Ansprüche. — Auf den Gegenstand des Anspruches, auf das Geschäft, woraus er fließt, kömmt es nicht an. Folglich muß man auch da, wo man die Transacte nach ihrem Gegenstande abtheilt, nicht auf den

*) L. 65. §. 1. D. de condict. indebiti.

**) L. 1. D. de transact.

***) L. 2. C. eod. tit.

****) L. 16. C. eod. „Causas vel *lites* transactio„nibus legitimis finitas, imperiali rescripto resu„scitari non oportet.„

den Gegenstand des Anspruches, sondern auf den verglichenen Anspruch selbst sein Augenmerk richten. Vergleicht man sich über **bestimmte einzelne** Ansprüche; so ist es ein besonderer (specialis) Transact, und es ist einerley, ob diese bestimmten Ansprüche nur **ein** Geschäft, oder **mehrere** Geschäfte betreffen, ob der Transact nur über **einen**, oder über **mehrere** Ansprüche eingegangen wurde, denn die vielfache Zahl macht kein Genus aus. Hat man sich aber über Ansprüche im **Allgemeinen**, nicht über *einzelne* und bestimmte Ansprüche verglichen, sind diese als Individuen unter einem gemeinschaftlichen Namen begriffen, und ist über diesen der Vertrag abgeschlossen worden; dann ist es ein allgemeiner Transact. Auch hier kömmt auf den Gegenstand der Ansprüche nichts an, es ist ein allgemeiner Transact, sobald ich mich über Ansprüche im Allgemeinen vergleiche, wenn es gleich nur alle Ansprüche in Ansehung eines **einzelnen** Geschäftes sind.

Selbst das oben (§. V.) wörtlich eingerückte Gesetz *) beweiset die Richtigkeit der von mir angegebenen Begriffe. Denn in dem Falle, welchen die-

*) L. 12. D. de transact.

ses Gesetz entscheidet, war nur eine einzige bestimmte Sache, ein Testament, der Gegenstand der verglichenen Ansprüche, und dennoch sagt das Gesetz selbst, daß der Vergleich allgemein, *generaliter* interposita sey, und alle Species in sich fasse, ob sie gleich nicht ausdrücklich in dem Transacte benannt waren.

XIII.

Diese allgemeinen Transacte sind wieder von zweyfacher Art. Entweder vergleicht man sich über alle Ansprüche **jeder Art**, welche nur immer ein Transigent wider den andern machen könnte; oder man vergleicht sich über alle Ansprüche, welche zu **einer Gattung** gehören. Die ersten nenne ich mit Lauterbach **universelle**, die zweyten **generelle**. Jene sind auf kein Geschäft, auf keine Gattung rechtlicher Ansprüche eingeschränkt — diese erstrecken sich nicht über die verglichene Gattung von Ansprüchen. Daß indessen ein solcher universeller Transact nicht künftige, sondern nur jene Ansprüche in sich fasse, welche zur Zeit des eingegangenen Contractes existirten, bedarf wohl keines besondern Beweises.

XIV.

Nach dieser Entwicklung der Begriffe werden meine Leser von selbst die Mängel der seither aufgestellten Begriffe (§. VII—IX.) erkennen, ohne daß es nöthig wäre, diese besonders zu widerlegen.

Nur ein Einwurf gegen die universellen Transacte ist übrig, welchen Renthe *) aus dem römischen Rechte entnimmt, ob er gleich zugestehet, daß dieser Lauterbachische Unterschied in der Natur der Sache bestens gegründet sey; ich will diesen Unterschied gegen den gemachten Einwurf rechtfertigen.

XV.

Das römische Recht **) soll nach Renthes Meynung bestimmen, daß in einem **allgemeinen** Transacte nur jene Streitigkeiten für entschieden zu halten seyen, welche in dem Transacte **ausdrücklich** benannt sind; wodurch also den universellen Transacten alle Kraft benommen werde.

Allein Renthe hat dieses Gesetz offenbar mißverstanden. Es sagt: „Si *de certa re* pacto trans-

„actionis

*) A. a. O. §. 8.

**) L. 31. C. de transact.

„actionis interposito, hoc comprehensum erat, „*nihil amplius peti:* etsi non additum fuerat: *eo* „*nomine* ; de caeteris tamen quaestionibus in„tegra permanet actio. „

Der Fall, den das Gesetz behandelt, ist folgender: Zween hatten über eine bestimmte Sache transigirt, und ihrem Transacte die Clausel angehängt, daß die Transigenten einander nicht mehr in Anspruch nehmen wollten. — Die Clausel: nihil amplius peti, war allgemein hingeworfen, und nun sagt der Gesetzgeber, daß diese Clausel nur von dem Gegenstande des Transactes zu verstehen sey, wenn gleich die Contrahenten dieses nicht ausdrücklich beygesetzt haben.

Den Grund dieser Verordnung kennen wir schon aus den allgemeinen Interpretationsregeln aller Verträge (§. II.).

Nie aber kann man dieses Gesetz wider die universellen Transacte, so wie ich den Begriff (§. XIII.) angegeben habe, anführen, sondern es scheint vielmehr für mich zu streiten, wenn man es gehörig auslegt und anwendet. Das Gesetz handelt von einem Transacte de re certa — es faßt also den Fall eines

nes universellen Transactes gar nicht in sich. — Will man aber dennoch den darin liegenden Grundsatz auf universelle Transacte anwenden — was ich denn recht gern geschehen lasse: — Will man die Clausel, nihil amplius peti, nur von dem Gegenstande des Transactes verstehen *); so kann sie doch bey einem universellen Transacte keinen andern Sinn haben, als den, nihil amplius *quocunque nomine* peti; da bey einem universellen Transacte alle Ansprüche der Transigenten **jeder Art** den Gegenstand ausmachen. Das römische Recht enthält also keine Verordnung, welche die universellen Transacte für ungültig oder unwirksam erklärte.

*) Daß sie gar nicht anders ausgelegt werden dürfe, habe ich schon oben (§. II. und VI.) gezeigt.

V. Wenn

V.

Wenn der Beweis durch einen ganz gleichen directen Gegenbeweis entkräftet wird; so muß nicht für den Beklagten, sondern immer wider den Beweisführer erkannt werden.

I.

So verwickelt sonst die Lehre von der Collision des Beweises und Gegenbeweises war, so klar ist sie geworden, seit der tiefdenkende Herr Kanzler Koch diesen Gegenstand mit jener Gründlichkeit bearbeitete, welche an allen seinen Schriften unverkennbar ist.

Einen kernhaften Auszug dieser Schrift, welche mehr enthält, als der Titel verspricht *), hat Herr Danz **) geliefert; aber in einem sehr wichtigen Puncte

*) *Koch* resp. *Siegler* D. de eo, quod justum est circa delationem juramenti litis decisorii. Giessae 1773. 4. §. 27—32.

**) Grundsätze des gemeinen ordentl. Processes. §. 257. u. ff.

Puncte weicht er, ohne es zu bemerken, von Kochs Meynung ab. Ich will es unternehmen, die Gründe für die Meynung des Herrn Danz, der ich beypflichte, ausführlicher anzugeben.

II.

Bey der Collision des Beweises mit dem directen *) Gegenbeweise unterscheidet Koch folgende Fälle: I. Beyde, der Beweis und der Gegenbeweis sind vollkommen, und zwar 1) einer von beyden stärker, als der andere — hier siegt der stärkere Beweis, oder 2) beyde sind gleich stark, hier will Koch **), daß für den Beklagten gesprochen werde; oder II. nicht beyde sind vollkommen; hier sind folgende Fälle denkbar: 1) einer ist vollkommen, der andere unvollkommen; hier muß ohne Zweifel für jenen gesprochen werden, der den vollkommenen Beweis lieferte; 2) wenn aber keiner, weder der Beweis, noch Gegenbeweis vollkommen ist, aber doch wenigstens einer von beyden einen halben Beweis

*) Wenn nämlich der Zweck des Gegenbeweises ist, gerade das Gegentheil dessen darzuthun, was der Beweisführer zu erweisen sucht. Danz a. a. O. §. 251.

**) A. a. O. §. 30.

weis ausmacht; so sind sie entweder a) ungleich, und hier siegt jener, welcher den weniger unvollkommenen Beweis beybrachte, muß jedoch vorher den Erfüllungseid schwören, sind sie aber b) gleich, oder ist 3) weder der Beweis, noch Gegenbeweis ein halber Beweis; so muß für den Beklagten gesprochen werden *).

III.

In der Hauptsache unterscheidet demnach Koch folgende zween Hauptfälle: Entweder ist der Beweis und der directe Gegenbeweis einander an Stärke und Vollkommenheit gleich, oder einer von beyden ist an Stärke oder Vollkommenheit überwiegend; im letzten Falle siegt jener, welcher den stärkern oder vollkommenern Beweis geliefert hat; im letzten Falle hingegen spricht Koch dem Beklagten den Sieg zu, ohne irgend eine Rücksicht darauf zu nehmen, wer eigentlich der Beweisführer war.

IV.

Daß in diesem Falle von gar keinem Eide, weder vom Erfüllungs- noch vom Reinigungseide die Rede seyn könne, ist nicht zu bezweifeln, und von Koch

(* Koch a. a. O. §. 32.

Koch mit überwiegenden Gründen dargethan; denn eben darum, weil Beweis und Gegenbeweis sich an Stärke und Vollkommenheit durchaus das Gleichgewicht halten, hebt einer den andern ganz auf, und es existirt auf keiner Seite ein Beweis, der durch einen Eid zu einem vollkommenen erhöhet, oder in ein Nichts verwandelt werden sollte.

V.

Nur davon, daß hier jedesmal ohne Ausnahme für den Beklagten zu erkennen sey, auch in dem Falle, wenn er Beweisführer ist, kann ich mich nicht überzeugen, und ich pflichte hier vielmehr der Meynung des Herrn Danz *) bey, daß jedesmal **gegen den Beweisführer** gesprochen werden müsse, und darauf gar nichts ankomme, welcher von beyden, ob der Beweis- oder der Gegenbeweisführer Kläger oder Beklagter sey.

Da Danz seiner Meynung gar keinen Grund beysetzte, da er sogar, indem er von der Meynung des Hrn. **Kochs** abwich, denselben hier vielmehr für sich

*) A. a. O. §. 259.

Bayerische Staatsbibliothek München

sich allegirte; so scheint es mir keine vergebliche Arbeit zu seyn, die Gründe für meine Meynung auszuführen.

VI.

Ein jedes Erkenntniß auf Beweis kann man als ein Bedingtes ansehen, worin der Richter jenem, den er zum Beweise verbindet, den Sieg verspricht, wenn er den ihm auferlegten Beweis liefert, und im Gegentheile alle Hoffnung benimmt, wenn er diesen Beweis nicht beybringt. Folglich muß derjenige sachfällig werden, welcher das nicht beweiset, was ihm zu beweisen oblag. Wenn man es nun gar nicht bestreiten kann, daß jener gar nichts bewiesen habe, dessen Beweis durch einen ganz gleichen Gegenbeweis entkräftet worden; so muß wider ihn das Urtheil ausfallen, er mag Kläger, oder Beklagter seyn.

VII.

Selbst der Satz: Actore non probante reus absolvitur, auf welchen Herr Koch bauet, ist mehr wider, als für ihn; denn er beweiset zwar, daß wider den Kläger erkannt werden müsse, wenn er nicht bewiesen hat, es wird also bey diesem in den Gesetzen begründeten Axiom ein Kläger vorausgesetzt,

dem

dem die Last des Beweises aufliegt; und daß wider diesen in unserm Falle erkannt werden müsse, behaupte auch ich, aber nicht deshalb, weil er **Kläger** ist, sondern weil er **Beweisführer** ist. Darüber aber, daß der Beklagte zu entbinden sey, wenn er da, wo er zu beweisen verbunden ist, nicht beweiset, existirt kein Gesetz, keines, welches sagte, reo non probante reus absolvitur. Da vielmehr der Beklagte nur dann beweisen muß, wenn der Klagegrund erwiesen ist, oder von den Gesetzen als richtig vermuthet wird, so ist vielmehr der Beklagte, welchem der Beweis obliegt, in der Lage, wo er von den Gesetzen *) als Kläger angesehen wird, somit auch der oben vorgetragene Rechtsspruch wider ihn als Beweisführer angewendet werden muß.

VIII.

Auch der Satz: Potior est causa rei quam actoris, man muß mehr zum Lossprechen, als zum Verurtheilen geneigt seyn, kann die gegentheilige Meynung nicht unterstützen. Denn, wenn man auch sich darüber hinwegsetzt, daß wir über die richtige Anwendung des Worts „actoris„ in dem Falle, wo

*) L. 1. D. de except. pr. J. de replicat.

wo der Beklagte beweisen muß, noch streiten könnten (§. VII.), so wird doch immer bey diesem Axiom vorausgesetzt, daß der Kläger und der Beklagte in gleicher Lage seyen *); da nun gewiß ein Beklagter, dem der Beweis obliegt, mit einem von dieser Last befreyten Kläger sich nicht in gleicher Lage befindet; so stehet meine Meynung auch mit diesem Rechtsspruche in einem guten Einverständnisse.

*) L. 11. §. 6. D. de minor. „Item quaeritur, si „minor adversus minorem restitui desiderat, an „sit audiendus? Et Pomponius simpliciter scri„bit, non restituendum. Puto autem inspicien„dum a praetore, quis captus sit: proinde si ambo „capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam „dedit, et ille perdidit: melior est causa secun„dum Pomponium ejus, qui accepit et vel dila„pidavit vel perdidit.

VI. Von

VI.

Von der Legitimation zur Sache, und den Kennzeichen, nach denen man bestimmen kann, ob ein Umstand zu dem Hauptbeweise, oder zu der Legitimation zur Sache gehöre.

I.

Legitimation im Allgemeinen ist jene Handlung, wodurch eine in eigenem oder fremdem Namen vor Gerichte erscheinende Person dem Richter sowohl, als ihrem Gegner ihre Zulässigkeit in einer Rechtssache auf die erfoderliche Art darthut *). Bey einem Processe liegt alles daran, daß gerade diejenigen, deren Rechte und Verbindlichkeiten es betrifft, bey dem Streite auftreten; denn niemand ist ungehört zu verurtheilen, ein Urtheil bestimmt nur die Rechte und Verbindlichkeiten jener Personen, die bey einem Rechtsstreite aufgetreten sind, es ist also unter den wahren Interessenten kein wahres Urtheil vorhanden, wenn nicht sie, sondern andere gekämpft haben. Hier-

*) Danz Grundſ. Th. 1. §. 124.

aus fließt die Nothwendigkeit der Legitimation überhaupt *).

II.

Drey Gattungen der Legitimation kennt man. Legitimation zur Sache, zum Processe und zur Praxis. Wenn nämlich jener, der in eigenem Namen auftritt, seine Zulässigkeit zu einer Sache darthut, so ist dies Legitimation zur Sache; geschieht es aber von jenem, der Namens eines andern bey Gerichte handeln will; so sieht man entweder darauf, ob er aus Auftrage der wahren Interessen auftrete — dies macht die Legitimation zum Processe — oder ob jemand auch bey erhaltenem Auftrage überhaupt befugt sey, im fremden Namen bey Gerichte zu handeln — dies bildet die Legitimation zur Praxis. Ich handle hier nur von der Legitimation zur Sache.

III.

Ihre Natur stellt Danz in seinem classischen Werke **) in Folgendem dar: „Der Regel nach — „bedarf das Recht zu klagen, wenn einer in eige- „nem Namen handelt, keines besondern Beweises. Nur

*) J. R. A. §. 121. 122. Claproth Th. 1. §. 65.

**) Grundſ. §. 124.

„Nur dann, wann jenes von einer besondern, zu dem
„Klagegrunde in der Hauptsache gar nicht gehörigen
„Handlung abhängt, und nur unter der Voraussе-
„tzung dieser zustehet, leidet diese Regel eine Aus-
„nahme. Es gehören also folgende zween Fälle hie-
„her: I. Wann einer in eigenem Namen ein solches
„Recht klagend verfolgt, von welchem er selbst ein-
„räumet, daß nicht er, sondern ein anderer solches
„ursprünglich erworben habe. Hier muß derselbe noth-
„wendig darthun, wie er zu dem, einem andern ur-
„sprünglich zustehenden Rechte gelanget ist, und in
„welcher Eigenschaft er sich die aus diesem entsprin-
„gende Klage anmasset (z. B. der Assignatar, Ces-
„sionar, Käufer einer Erbschaft, Erbe des Gläu-
„bigers). II. Wenn einer in eigenem Namen ein
„solches Recht klagend verfolgt, das eine gewisse,
„die Hauptsache nicht betreffende Eigenschaft voraus-
„setzet, ohne welche dasselbe nicht statt findet, und
„ohne welche also auch in Ansehung desselben nicht
„gültig geklagt werden kann. Hier muß der Kläger,
„ehe die Hauptsache verhandelt werden kann, vorerst
„zeigen, daß er die Eigenschaft, von welcher sein
„Recht zu klagen abhängt, wirklich habe. (So muß
„derjenige, der wegen dinglicher Dienstbarkeiten die

„confessorische, oder negatorische Klage anstellen will, „vorerst darthun, daß ihm einiges Eigenthumsrecht „auf das Gut, von welchem die Frage ist, zu„komme.„)

IV.

Den Hauptsatz hat zwar Danz richtig vorgetragen; allein er liegt viel zu sehr unter andern Bestimmungen versteckt, und Danz, dessen Werk sich mehr einem Vorlesbuche nähern sollte, mußte hier viel zu kurz seyn, als daß über die wichtigste Bestimmung in dieser Lehre das gehörige Licht verbreitet wäre. Daß selbst bewährte Schriftsteller an dieser Klippe scheiterten, davon will ich meinen Lesern unten (§. XIII.) eine Probe vorlegen; daß der Fall alltäglicher sey, als man glauben sollte, und daß der Hauptsatz wirklich schwer zu finden sey, davon wurde ich durch folgenden Fall überzeugt, welcher mich auf die vorgelegte Lehre aufmerksam gemacht, und die gegenwärtige Abhandlung veranlaßt hat.

V.

Die bekannten Theilnehmer eines Familienfideicommisses wollten dasselbe vertheilen, und bathen, alle jene, welche als Geschlechtsglieder ein Recht daran

an zu haben vermeynten, in einer peremtorischen Frist vorzuladen. Dies geschah, und nun erschienen mehrere Anwälde, welche um Fristverlängerung zur Erhebung einer Klage aus dem Grunde bathen, weil sich ihre Principalen noch nicht **als Verwandte**, somit ad causam legitimiren könnten.

Man hätte nun wohl denken können, nach den vorhandenen Auffoderungen hätten sie erst klagen und erwarten sollen, ob ihnen die Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache entgegengesetzt würde — und auch dann hätte mancher, der die Last des Beweises nicht gern trägt, nicht sobald zugegeben, daß die Einrede Platz finde. — Indessen war die Frage zu entscheiden, ob der Beweis der Verwandtschaft die Legitimation zur Sache, oder den Hauptbeweis ausmache? Weil im letzten Falle die gebethene Frist nicht bewilligt werden konnte, sondern den Prätendenten lediglich aufgegeben werden mußte, ihre Klage förmlich anzustellen.

Ich dachte nun über die Sache tiefer nach, und glaube die Hauptbestimmung gefunden zu haben, nach welcher man bey einem jeden Falle entscheiden kann,

 ob

ob ein Umstand zur Legitimation zur Sache, oder zum Hauptbeweise gehöre.

VI.

Bey dem Falle, welchen Danz unter der Ziffer I. angiebt, wenn nämlich einer in seinem Namen ein Recht verfolgt, von dem er selbst einbekennt, daß nicht er, sondern ein anderer solches ursprünglich erworben habe, ist nichts zu bemerken; jedesmal muß er darthun, wie dieses Recht eines andern auf ihn übergegangen sey. — Aber bey dem zweyten Falle ist nähere Zergliederung der Sache nöthig. Beyspiele sollen es aufklären.

1) Einer klagt als Lehenherr wegen Felonie auf Verlust des Lehens. Der Beklagte widerspricht, daß der Kläger Lehenherr sey, und läugnet eine Felonie begangen zu haben. — Der Beweis des ersten Puncts ist Legitimation zur Sache. — Der Beweis des zweyten ist Hauptbeweis.

2) Der Käufer einer Erbschaft klagt gegen ihren Besitzer auf Herausgabe derselben. Der Beklagte fodert erst Beweis des geschehenen Kaufes, und läugnet, daß der Verkäufer Erbe sey. —

Jenes

Jenes gehört zur Legitimation zur Sache, dieses zum Hauptbeweise.

3) Bey einer angebrachten novi operis nunciatione läugnet der Implorat, daß sein Gegner ein Recht an dem Grundstücke habe, dem das novum opus schaden solle, und läugnet, daß es einen Schaden zufüge. — Jenes gehört zur Legitimation zur Sache — dieses zum Hauptbeweise.

VII.

Es ist nicht Wortstreit, ob man einen Umstand zur Legitimation zur Sache, oder zum Hauptbeweise rechnen muß; der Abstand zwischen beyden ist groß, und die rechtlichen Verschiedenheiten bestehen darin, daß 1) bey jener, als einem Incidentpuncte, nur summarisch verfahren wird, deshalb auch bloße Bescheinigungen genügen, wo im Gegentheile bey dem Hauptbeweise, oder dem Beweise in der Hauptsache selbst in der Regel das ordentliche Verfahren beybehalten, und nur wahren Beweismitteln Platz gegeben wird. Der größte Unterschied zeigt sich 2) in den Wirkungen, welche beyde hervorbringen. Wenn der Kläger sich zur Sache nicht legitimiren, die hiezu nöthigen

gen Bescheinigungen nicht beybringen kann; so gehet sein Recht nicht verloren, sondern die Existenz eines Rechtsstreites wird verhindert, der Beklagte ist nicht schuldig, sich in den Streit einzulassen, er wird also von der Instanz losgesprochen. War es aber Beweis der Hauptsache; so wird der Kläger, wenn er den ihm vom Richter auferlegten Beweis nicht liefert, mit seiner Klage abgewiesen, der Beklagte von der Klage entbunden, und der Rechtsstreit selbst ist beendiget.

VIII.

Worin soll nun der Unterschied liegen? Man darf ihn nicht in dem aufsuchen, daß der Beweis der Hauptsache ein Verfahren der streitenden Theile voraussetze, der Legitimationspunct aber vor der Kriegsbefestigung zu berichtigen sey; denn dieser Umstand ist bloß zufällig, da bey manchen Proceßarten der Hauptbeweis sogleich mit der Klage beygebracht werden muß, und umgekehrt öfters der Beklagte, wo er die Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache vorträgt, dennoch den Streit eventualiter befestiget, überhaupt aber in jedem Theile des Processes, selbst in der zwoten Instanz, oder bey der Execu-

Execution der Legimationspunct noch rege gemacht oder berichtiget werden kann *).

IX.

Eben so wenig wäre es richtig, wenn man behaupten wollte, so oft sey Legitimation zur Sache vorhanden, als bey dem Kläger eine Eigenschaft vorausgesetzt werde; denn die Präjudicialklagen wegen dem Stande beziehen sich auf eine Eigenschaft des Klägers, und dennoch gehören sie zur Haupsache. Noch anschaulicher wird der Irrthum, den man hier begehen würde, durch folgendes Beyspiel. Der Lehenherr klagt auf Verwirkung des Lehens, weil der Vasall sich eines Ehebruches mit der Gattin seines Lehenherrn schuldig gemacht habe. Der Vasall gestehet das fleischliche Verbrechen, stellt aber in Abrede, daß die Person die Gattin des Lehenherrn war. Hier muß der Lehenherr eine Qualität einer Person beweisen, und dennoch ist es Hauptbeweis, nicht Legitimation zur Sache!

X. Der

*) Danz a. a. O. §. 127. Boehmer Jus eccles. Protest. L. 1. tit. 38. §. 17.

X.

Der wesentliche Unterschied bestehet darin, daß Beweis der Hauptsache alsdenn vorhanden ist, wenn die zu erweisende Qualität die Hauptsache selbst betrifft, im Gegentheile ist es Legitimation zur Sache, wenn die Eigenschaft die Hauptsache selbst keinesweges angehet. Oder mit andern Worten: Wenn das Recht des Klägers selbst hergestellt ist, sobald er die in der Frage stehende Eigenschaft bewiesen hat: so ist es Beweis der Hauptsache; — wenn aber die Qualität, von der die Rede ist, nur den Grund enthält, warum der Kläger zu einer Klage der Art, wie er sie angestellt hat, berechtiget ist, falls die Umstände, worauf er sein Klagerecht baute, richtig sind; so gehört sie zu der Legitimation zur Sache.

XI.

Von der Richtigkeit des vorgetragenen Unterschiedes überzeugt man sich vollkommen, wenn man bedenkt, daß im Mangel der Legitimation zur Sache der Beklagte berechtiget ist, darauf eine Einrede zu begründen, und mit derselben zu fodern, daß der Kläger vorher die Qualität erweise, ohne deren Voraussetzung er zu einer Klage von der Art, wie er sie an-

anstellte, nicht berechtiget ist, ehe der Beklagte sich in den Streit einläßt; so oft demnach der Beklagte zu dieser Foderung nicht berechtiget ist, so oft er die Einlassung in den Rechtsstreit wegen nicht erwiesener Eigenschaft nicht verweigern kann, so oft kann die Legitimation zur Sache nicht vorhanden seyn.

Nun existirt kein Gesetz, welches dem Beklagten das Recht ertheilte, sich auf die Klage nicht einzulassen, weil der Kläger sein Klagerecht noch nicht erwiesen hat; vielmehr stellt es der jüngste Reichsabschied *) ganz dem Willen des Klägers anheim, ob er seiner Klage Beweise beylegen will, oder nicht, er macht sich aber auch eben dadurch den Grundsatz eigen, daß der Beklagte sich auf die Klage einlassen muß, wenn gleich der Kläger von seiner Klage gar nichts erwiesen hat; folglich kann der Beweis jener Umstände, von denen die Entscheidung des Rechtsstreites selbst abhängt, oder welche die Hauptsache selbst betreffen, niemals unter die Legitimation zur Sache gezählt werden, wenn gleich diese Umstände eine Eigenschaft des Klägers, oder anderer Personen betreffen sollten.

XII.

*) §. 35. 39. Danz a. a. O. §. 65.

XII.

Nach diesen Grundsätzen wird sich's nun leicht entwickeln lassen, warum die oben (§. VI) angegebenen Beyspiele bald die Legitimation der Sache, bald der Hauptbeweis sind, obgleich in beyden Fällen von einer Eigenschaft, die bey der Klage vorausgesetzt wird, die Rede ist.

Nur auf einige Beyspiele will ich zur Erläuterung dieser etwas subtilen Lehre die vorgetragenen Grundsätze anwenden. 1. Wenn der Lehenherr auf Verlust des Lehens klagt, weil der Vasall mit der Gattin des Lehenherrn einen Ehebruch begangen hat, und der Vasall a) dem Kläger die Qualität des Lehenherrn widerspricht, nebst dem aber b) läugnet, daß die Person, mit welcher er sich vergangen habe, die Gattin des Klägers sey: so ist das erste Legitimation zur Sache, das letzte der Beweis in der Hauptsache, obgleich in beyden Fällen der Beklagte eine Eigenschaft widerspricht, welche bey der angestellten Klage vorausgesetzt wird. Denn die Qualität des Lehenherrn enthält nicht den Grund der Klage: niemand ist bloß dadurch, daß er Lehenherr ist, zu einer solchen Klage berechtiget; sondern diese Eigenschaft

wird

wird nur vorausgesetzt, wenn Jemand eine Klage der Art, welche angestellt wurde, geltend machen will; diese Eigenschaft betrifft also nicht die Hauptsache, sie gehört demnach zur Legitimation zur Sache. Dahingegen betrifft der zweyte Umstand offenbar die angestellte Klage selbst; wenn die Person, mit welcher der Vasall das fleischliche Verbrechen begieng, nicht die Eigenschaft als Gattin des Lehenherrn an sich trägt; so ist gar keine Felonie vorhanden, es mangelt am Klagegrunde gänzlich, diese Eigenschaft betrifft also die Hauptsache, und ihr Beweis gehört zum Hauptbeweise.

XIII.

2. Ein anderes Beyspiel wird die Sache noch mehr in das Licht setzen, und beweisen, daß selbst gute Schriftsteller bey einem unrichtigen Begriffe von der Legitimation zur Sache hier strauchelten, wo Irrthum wegen den wesentlichen Verschiedenheiten (§. VII.) die widrigsten Folgen nach sich ziehen kann.

Elsässer *) erzählt folgenden Rechtsfall: Carl Speer

*) Gemeinnützige Beobacht. und Rechtsfälle (von Gmelin und Elsässer). Band I. §. 52.

Speer belangte den Friedrich Rentsch wegen 2000 Rthlr., die ihm ursprünglich Jakob Schmid, aus Gelegenheit eines Mühlkaufs, schuldig gewesen sey, welche Schmidische Schuld aber Rentsch zu bezahlen übernommen, und er selbst hierauf den Schmid seiner Verbindlichkeit entlassen habe. Rentsch wollte von diesem Vorgange nichts wissen, verneinte schlechterdings den ganzen klägerischen Vortrag, und Speer nahm in der Replik zu der Eidesdelation seine Zuflucht.

Indem nun Elsässer diesen Rechtsfall beurtheilt, behauptet er, die vormalige Existenz der behaupteten und vom Beklagten widersprochenen Schmidischen Schuld müsse vorerst in Richtigkeit gesetzt werden, und hält dies für den Präliminarpunct, dessen Berichtigung erst den Kläger ad causam legitimirt, weil ohne Voraussetzung eines andern Schuldners sich keine Delegation gedenken läßt, und der Kläger, wenn er auch die Schmidische Schuld erweiset, seine Delegationsklage gegen den Schmid noch nicht erwiesen hat.

Offenbar gehört der Beweis, daß eine Schmidische Foderung existirt habe, zu dem Hauptbeweise, keines-

keinesweges aber zu der Legitimation zur Sache. Denn wenn man bedenkt, daß zu einer Delegation a) die Existenz einer Schuld b) und deren Uebernahme von Seite des neuen Schuldners und zwar beydes zugleich erfodert wird; so ergiebt sich, daß beyde Puncte zusammen genommen die Hauptsache ausmachen, und der Mangel des einen wie des andern die Existenz einer Delegation unmöglich mache. Da nun in dem Falle, wenn es an dem Daseyn einer Schuld mangelt, welche der andere übernommen haben soll, gar keine Delegation existirt, somit die Klage selbst ungegründet ist; so muß der Beklagte alsdenn von der Klage selbst — nicht bloß von der Instanz losgesprochen werden; eben deshalb aber ist der Beweis der Schmidischen Schuld in dem vorliegenden Falle zu dem Hauptbeweise, und nicht zu der Legitimation zur Sache zu zählen.

XIV.

3. Eben so wenig macht bey einem Familienstipendium der Beweis, daß einer zu dieser Familie gehöre, die Legitimation zur Sache aus, wie Schmidt *) dafür-

*) Joh. Ludew. Schmidts öffentliche Rechtssprüche. (Jena 1777. 4.) S. 543. §. 1.

dafürhält. Denn wenn jemand schon als Familienglied, ohne Rücksicht auf Nähe des Grades den Stipendiengenuß fodern kann, so ist seine Klage selbst erwiesen, sobald er zeigt, daß er aus der Familie sey; folglich gehört dieser Umstand zu dem Hauptbeweise, nicht zur Legitimation zur Sache.

VII.

Ueber den Begriff eines besondern Gesetzes in Anwendung auf den bekannten Rechtssatz: Durch ein allgemeines Gesetz wird ein besonderes nicht aufgehoben.

I.

Der Rechtssatz — Ein allgemeines Gesetz hebt ein älteres besonderes Gesetz nicht auf — ist so bekannt, daß vielleicht mancher meiner Leser bey der Anzeige dieser Abhandlung schon im Voraus dachte, ich würde allgemein bekannte Dinge mit einer wichtigen Miene aufwärmen.

Der Wille eines Gesetzgebers kann auf Dinge nicht ausgedehnt werden, an welche er nicht gedacht hat; wenn er nun die Regel durch ein späteres Gesetz aufhebt, ohne der Ausnahmen zu gedenken, welche die vorigen Gesetze machen, so konnte er den Willen nicht haben, auch diese Ausnahmen abzuwürdigen. Dies ist eine ganz unbestrittene Wahrheit.

Allein es ist nicht die Prüfung dieses Satzes, mit der ich mich hier beschäftige, sondern die Berichtigung des Begriffes eines **besondern** Gesetzes, weil durch eine unrichtige Darstellung desselben viele Irrthümer und Controversen vorzüglich im römischen Rechte entstanden.

II.

Wären die Gesetzsammlungen, welche die Quelle des gemeinen Rechtes in Deutschland sind, ein Product neuerer Zeiten, mit dem philosophischen Geiste, wie das neue Preusische Gesetzbuch — das noch so wenig nachgeahmte Muster des gesetzgebenden Vortrags — bearbeitet; so würden sich darüber, was ein **besonderes** Gesetz sey, nicht viele Bemerkungen machen lassen. Allein bey der Art, wie besonders der römische Rechtskörper entstand, und als Gesetz

in Deutschland aufgenommen wurde, konnten nichts anders, als Verwirrungen bey diesem Begriffe, und aus denselben äußerst wichtige Irrthümer entspringen.

III.

Schon die römischen Rechtsgelehrten scheiterten an dieser Klippe. Wenn Papinian *) sagt: „In „*toto* jure generi per speciem derogatur et il„lud potissimum habetur, quod ad speciem „directum est.„ So behauptet Cajus **) gerade das Gegentheil in den Worten: „*Semper* specialia „generalibus insunt.„

Daß sich diese Stellen widersprechen, lehrt ihr Anblick; daß man sie aber zu vereinigen suche, daß man für jede dieser Regeln einen besondern Fall unterstelle, werden meine Leser schon im voraus erwarten — und nicht vergebens; was ein angesehener Rechtslehrer darüber denkt, mögen sie in der Anmerkung ***) lesen.

IV.

*) L. 80. D. de regul. jur.

**) L. 147. D. eod. tit.

***) *Nettelbladt* System. Elem. Jurispr. positivae Germ. Comm. Gener. §. 30. bemerkt hierüber: „Hae „regu-

IV.

Hätten diese beyden römischen Rechtsgelehrten ihre Regeln nicht mit einem ganz besonderen Nachdrucke allgemein gefaßt; so wäre ich selbst geneigt, sie von dem Widerspruche loszuzählen; ob mir gleich auf jeden Fall der Satz — ein allgemeines Gesetz hebt ein besonderes nicht auf — viel zu einfach ist, als daß ich ohne Noth für denselben zwey Regeln annehmen könnte.

Indessen kömmt es hier nicht auf Authoritäten an, sondern alles muß aus der Natur der Sache selbst entschieden werden; und selbst der Widerspruch zwischen Papinian und Cajus soll nicht mehr beweisen, als daß in dieser Lehre mit juristischen Denksprüchen — nicht durchzukommen sey.

„regulae sibi non contradicunt, sed ita intelli-
„gendae: dispositionem de genere valere de omni-
„bus eo genere contentis speciebus, nisi probari
„possit, species quasdam esse excipiendas, quae
„tum derogant generi, sive dispositio concernat
„diversas personas, sive eandem, ut et, sive dis-
„positio de specie praecedat, sive subsequatur dis-
„positionem de genere.„

V.

Drey vorzügliche Quellen kenne ich, aus denen viele Streitigkeiten und Irrthümer bey Anwendung des Rechtssatzes — durch ein allgemeines Gesetz wird das ältere besondere Gesetz nicht aufgehoben — geflossen sind. Ich will sie angeben, und sogleich mit Beyspielen erläutern.

Die erste Veranlassung enthält der römische Rechtskörper in sich selbst.

Zu den Zeiten jener Rechtsgelehrten, aus deren Werken die Pandekten zusammengesetzt wurden, galten manche Rechtssätze, welche durch spätere Verordnungen aufgehoben wurden; man findet sogar ganze Materien, deren Natur durch kaiserliche Verordnungen abgeändert wurde. Indessen hatten die älteren Rechtsgelehrten diese allgemeinen Wahrheiten auf einzelne Fälle angewendet, und in den Pandekten finden wir solche Entscheidungen, welche aus den Werken der älteren Rechtsgelehrten beybehalten, und in die Titel der Pandekten als besondere Entscheidungen der einzelnen Fälle eingetragen sind.

Wenn

Wenn nun ein späteres Gesetz die allgemeine Regel abändert, ohne des einzelnen Falles zu gedenken; kann man sagen, es sey als ein besonderes Gesetz durch das spätere allgemeine nicht aufgehoben?

VI.

Sehr vielen Stoff könnte mir die Lehre von der Verjährung geben, welche in späteren Zeiten durch eine besondere Constitution Justinians so wesentliche Reformen erhielt. Ich will indessen eine andere, nicht so allgemein bekannte Frage als Beyspiel anführen, bey der es hauptsächlich auf richtige Begriffe von besondern Gesetzen ankömmt, die Frage nämlich, **wie weit sich bey Verpfändungen das Verboth des bekannten commissorischen Vertrags erstrecke?**

Nach den ältern Gesetzen war der commissorische Vertrag durchaus erlaubt. Ein späteres Gesetz *) verboth ihn bey dem Pfandcontracte. Nun ist in den Pandekten eine Entscheidung eines einzelnen dahin einschlagenden Falles **) enthalten, und es

 fragt

*) L. ult. C. de pact. pignor.

**) L. ult. pr. D. de contrah. emt. vendit. „Titius „cum

fragt sich, ob er ein besonderes Gesetz, und durch das spätere allgemeine Verboth des commissorischen Vertrages bey dem Pfandcontracte aufgehoben sey, oder nicht? Weber *) glaubt das erste, und Herr Hofrath Glük **) giebt da, wo er Webern beypflichtet, die Regel an, daß bey einem allgemeinen Verbothe eines Vertrages auch alle dahin gehörigen Unterarten so lange als unerlaubt anzusehen seyen, bis man deutlich zeigen kann, daß diese oder jene Species

„cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit „pignori sive hypothecae praedia et fidejussorem „Lucium: cui promisit, intra triennium proximum se eum liberaturum: quod si id non fecerit die suprascripta, et solverit debitum fidejussor creditori, jussit praedia emta esse, quae creditoribus obligaverat: quaero, cum (non) sit „liberatus Lucius fidejussor a Titio, an si solverit „creditori, emta haberet suprascripta praedia? Respondit, si non ut in causam obligationis, sed „ut emta habeat, sub conditione emtio facta est, „et contractam esse obligationem.„

*) Ad. Ditt. Weber Erörterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bey Verpfändungen das Verboth des sogenannten Legis Commissariae in Koppe niedersächs. Archive für Jurisprudenz. Band 1. Stück 3. (1788.) S. 160. ff.

**) Erläuter. der Pandekten nach Hellfeld Th. I. S. 250.

cies von dem allgemeinen Verbothe ausgenommen sey, oder daß der Grund des Gesetzes in einer einzelnen Gattung gänzlich wegfalle.

VII.

Die zwote Quelle dieser Unrichtigkeit macht das canonische Recht, welches ebenfalls in sehr vielen Stücken von den Grundbegriffen des römischen Rechtes abweicht, ohne daß es die einzelnen Gesetze des römischen Rechtes, die dahin einschlagen, ausdrücklich abänderte.

So fodert das römische Recht zu der Legitimation unehelicher Kinder durch eine nachfolgende Ehe instrumenta dotalia an mehr als einer Stelle ausdrücklich. — Das canonische Recht sieht diese Legitimation als eine Folge einer nachkommenden Ehe an, schweigt aber von den Instrumentis dotalibus gänzlich. Nun fodert Lauterbach *) auch noch heut zu Tage diese Urkunden, weil dieses besondere Gesetz durch keinen Text des canonischen Rechtes aufgeho-

*) In der Disp. de legitimatione per subsequens matrimonium. Thes. 24. u. 25. in dessen Dissert acad. Vol. 3. Seite 14.

gehoben ist. — Böhmer *) erinnert dagegen, daß das canonische Recht zu dieser Legitimation nur eine Ehe erfodere, welche nicht mehr, wie bey den Römern, durch Instrumenta dotalia sich vom Concubinate unterscheidet; somit habe das canonische Recht diese Verfassung in ihrer Grundlage abgeändert, und ein besonderes Gesetz für diesen Fall sey nicht nothwendig.

VIII.

Ein noch mehr einleuchtendes Beyspiel liefert die Lehre von der Verjährung.

Bekannt ist es, daß nach dem römischen Rechte zur Verjährung hinreichte, wenn nur im Anfange der gute Glaube des Besitzers vorhanden war; die nachfolgende mala fides stand der Vollendung der Verjährung nicht im Wege.

Aus diesem Hauptsatze floß die Verordnung des römischen Rechtes über die Vollendung der Verjährung, wenn nicht beyde, der Vorgänger, oder Nachfolger im Besitze in bona fide sind: und die Entschei-

*) Im Jus Eccles. Protest. Tom. 3. S. 293.

scheidung *), daß der Erbe, wenn er gleich in mala fide ist, die Verjährung vollenden könne, sobald der Erblasser in bona fide war; weil er eine Person mit dem Erblasser, es also eben so viel ist, als ob der nämliche Besitzer erst nachher seinen guten Glauben verloren hätte.

Nun fodert das canonische Recht **) allgemein, daß der Besitzer die ganze Verjährungszeit hindurch in bona fide war, ohne über den angezeigten besondern Fall eine bestimmte Entscheidung zu enthalten. Kann man wohl die Verordnung des römischen Rechtes als ein besonderes Gesetz anerkennen, welches durch das canonische Recht nicht aufgehoben ist?

IX.

Eben so ergiebig ist die dritte Quelle, jene Sätze nämlich, worin der Deutsche niemals seine einheimischen Gesetze verließ, und die römischen Grundsätze nicht annahm. So verstattete der Deutsche von jeher

*) L. 2. §. 19. D. pro emtore. „Si defunctus bona „fide emerit: usucapietur res, quamvis haeres scit, „alienam esse.„

**) Cap. 20. X. de praescript.

jeher aus allen Verträgen, die römischen pacta nuda miteinbegriffen, eine Klage *). Wenn nun im römischen Rechte ein einzelnes pactum nudum, und bey demselben eine ganz bestimmte Verordnung vorkömmt, daß hieraus eine Klage nicht entspringe; kann man mit Grunde diese Verordnung als ein besonderes Gesetz ansehen, welches unter der Regel des deutschen Rechtes nicht begriffen ist?

X.

Diese Beyspiele werden genügen, um das Interesse einer näheren Entwicklung des Begriffes eines speciellen Gesetzes zu beweisen, sie haben uns aber auch unvermerkt dem Ziele näher gebracht.

Nicht jedes Gesetz, welches von einem besondern Falle spricht, darf man schon von darum geradezu für ein besonderes Gesetz (lex specialis) ausgeben, sondern man muß jedesmal den in dem Gesetze liegenden Satz und sein Verhältniß zu den allgemeinen Rechtssätzen betrachten. Ist das in dem ein-

*) Mehrere Beyspiele von Stipulationen, Erbverträgen ꝛc. werden meinen Lesern ohne meine Erinnerung beyfallen.

einzelnen Gesetze liegende Principium nichts, als eine Anwendung der allgemeinen Rechtsregel auf einen einzelnen Fall; so ist das Gesetz kein besonderes, und das Axiom: ein besonderes Gesetz wird durch ein allgemeines Gesetz nicht aufgehoben, tritt nicht ein. Nur dann also, wenn der in einem solchen einzelnen Gesetze liegende Satz ein besonderes — in der allgemeinen Rechtsregel nicht enthaltenes Principium ausmacht — oder mit andern Worten — Wenn es eine Ausnahme von dem allgemeinen Rechte ist; kann man ein solches Gesetz als ein besonderes betrachten, und die Regel annehmen, daß ein späteres allgemeines Gesetz dasselbe nicht aufhebe.

XI.

Diese Bestimmung des Begriffes eines **besonderen** Gesetzes rechtfertigte ich durch zween Gründe.

1) Die Natur eines Gesetzes darf ich doch offenbar nicht nach dem Falle, den es behandelt, bestimmen, sondern ich muß hiebey auf das darin liegende Princip mein Augenmerk richten, weil nur dieses eigentlich die wahre gesetzliche Verordnung ausmacht. — Folglich kann man auch nach der ersten

Rück-

Rücksicht kein Gesetz für ein besonderes im rechtlichen Sinne sogleich erklären.

2) Denke ich mir ein Gesetz, welches da, wo es von einem einzelnen Falle spricht, nur den Satz des allgemeinen Rechtes auf denselben überträgt; so ist es doch offenbar, daß es als eine Folge dieses allgemeinen Rechtssatzes und als ein Theil des älteren Systems betrachtet werden muß, und mit demselben in einer so engen Verbindung stehet, daß sein Ansehen und seine verbindende Kraft von der Gültigkeit des allgemeinen Gesetzes wesentlich abhänge, und wie der einzelne Ast Leben und Wachsthum verliere, wenn der Hauptstamm abgeschnitten wird.

Nach diesen Bestimmungen wird es sich bey jedem der angeführten oder andern denkbaren Fälle leicht entscheiden lassen, ob man von dem Rechtsaxiome, ein allgemeines Gesetz hebt ein besonderes nicht auf, Gebrauch machen dürfe.

XII.

Nur mit einem einzigen Beyspiele, das mir so eben in die Hände fiel, will ich diese Sätze erläutern.

Wenn

Wenn in einem Ehevertrage festgesetzt worden, daß die als Heirathsgut eingebrachten Sachen nach getrennter Ehe um jenen Preis zurückgegeben werden sollen, wofür sie bey eingegangener Ehe angeschlagen wurden: und der Mann während der Ehe diese veräußert hat; so ist die Veräußerung schon nach dem Pandektenrechte ungültig *), wenn sie ohne Einwilligung oder Genehmigung der Frau geschah. Hat aber der Ehemann die Veräußerung mit Einwilligung der Frau vorgenommen; so hat derselbe die Wahl, ob er das verkaufte Gut selbst, oder nur den erhaltenen Werth ersetzen will. Um besser die Sache beurtheilen zu können, rücke ich die Gesetzstelle wörtlich ein. „Uxor viro fundum aestimatum centum in dotem dederat; deinde cum viro pactum conventum fecerat, ut divortio facto, „eodem pretio uxori vir fundum restitueret: „postea volente uxore vir eum fundum ducentorum vendiderat: et divortium erat factum. Labeo putat, viro potestatem fieri debere, utrum velit ducenta, vel fundum reddere: neque ei pactum conventum remitti „oportere. Idcirco puto hoc Labeonem re„spon-

*) L. 50. D. soluto matrim.

„spondisse, quoniam voluntate mulieris fundus „veniit: alioquin omnimodo fundus erat re„stituendus„ *).

XIII.

Nun machte Justinian eine allgemeine Verordnung, daß nicht einmal mit Einwilligung der Frau eine Veräußerung der Dotalgrundstücke von dem Ehemanne gültig vorgenommen werden könne **). Er spricht nach einem weitläufigen Eingange ganz allgemein: „Hoc addito, ut fundum dotalem „non solum hypothecae titulo dare nec con„sentiente muliere maritus possit, sed nec alie„nare: ne fragilitate naturae suae in repenti„nam deducantur inopiam.„

Justinians Verordnung ist allgemein, und in ihr der besondere Fall, den ich aus den Pandekten im vorigen Paragraph anführte, nicht ausdrücklich bemerkt. Könnte man also dieses Gesetz der Pandekten als ein besonderes Gesetz ansehen, weil es von einem besondern Falle spricht; so wär es durch das spätere allgemeine Gesetz des Codex offenbar nicht aufgehoben.

XIV.

*) L. 32. D. de pactis dotal.

**) L. un. §. 15. C. de rei uxor. actione.

XIV.

Wenn man aber bedenkt, daß zu den Zeiten Javolens, von welchem das oben (§. XII.) angeführte Gesetz der Pandekten herstammt, das Julische Gesetz *) noch seine Gültigkeit hatte, nach welchem der Mann mit Einwilligung der Frau die Dotalgrundstücke zu veräußern befugt war; so wird man leicht einsehen, daß diese Stelle der Pandekten keine besondere Verordnung, sondern bloß eine Anwendung des allgemeinen Rechtssatzes auf einen einzelnen Fall enthalte.

Ganz richtig bemerkt daher Herr Hofr. Glük **), daß auch diese Distinction des Pandektenrechts mit dem Julischen Gesetze durch die spätern Verordnungen Justinians ***) aufgehoben sey; es dient aber auch zum Beweise, daß nicht jedes Gesetz schon deswegen für ein besonderes ausgegeben werden dürfe, weil es von einem einzelnen Falle spricht.

*) Viele Stellen des römischen Rechts machen von ihm Meldung, z. B. pr. J. quibus alienare licet. L. 4. D. de fundo dotali. L. un. §. 15. C. de rei uxor. act.

**) Merkwürdige Rechtsfälle. Band II. (Erlang 1794. 8.). S. 224. Anm. 33. woselbst noch einige Schriftsteller angeführt sind.

***) L. un. §. 15. C. de rei uxor. act.

VIII.

Von der Vereinkindschaftung nach getrennter zwoten Ehe, insbesondere von der stillschweigenden Fortsetzung derselben unter dem überlebenden Stiefvater und den Stiefkindern, nach bambergischem Rechte. Ein Commentar über des bambergischen Landrechtes. Th. II. Cap. IV. Tit. II.

I.

Die Gemeinschaft der Güter unter den Eheleuten, dieses ächt deutsche Institut herrschte von den ältesten Zeiten an in dem fürstlichen Hochstifte Bamberg. Justus Veracius, der verschleierte Sammler unserer vaterländischen Gewohnheiten *) führt dieselbe in seinem

*) De Ludewig scriptor. rer. Bamberg. in praefatione S. 9. §. 14. sagt von ihm: „Quis, demum „et cujas fuerit, qui sub Veracii nomine voluit „latere, de eo, quod scribam, non habeo.„

nem schätzbaren Werke *) als eine allgemeine Sitte an, und bemühet sich, ihre Rechtmäßigkeit gegen die Einwürfe aus dem römischen Rechte nach dem Genius seines Zeitalters auf eine sehr merkwürdige und unterhaltende Weise zu vertheidigen; und wenn man die schönen Gründe dieser alten Sitte kennt **), so muß man einem Institute geneigt werden, welches so deutliche Kennzeichen altdeutscher Redlichkeit an sich trägt, und beweiset, wie heilig und vielwirkend unsern Vorfahrern das Band der Ehe gewesen sey, wie stark also der ganze Genius unserer Nation

*) Libellus consuetudinum principatus Bambergensis autore Justo Veracio primum in lucem editus, anno Christi 1681. Tit. Communio bonorum inter conjuges. Quaest. 1. bey de Ludewig a. a. O. S. 958. u. f.

**) Justus Veracius sagt a. a. O. quaest. 2. „Nec „mirum cui videri debet, matrimonio mores no-„stros tantam vim a multis retro seculis non au-„ditam tribuere. Si enim illud efficit, ut conju-„gum animi atque corpora ipso momento, quo „contractus matrimonii absolvitur, in mutua velut „dominia transeant, rationi valde conveniens est, „ut et illa omnia quae his viliora sunt, eandem „conditionem subeant, et quae animo corporique „serviunt, libertate iis majore haud exultent.„ S. de Ludewig S. 961.

tion zu dem Glücke der Ehen — jener starken Stütze der Volksglückseligkeit mitgewirkt habe.

II.

Es ist also der gesetzgebenden Klugheit in jeder Rücksicht angemessen, daß der bambergische Provincialcodex, welcher im Jahre 1769 von der gesetzgebenden Gewalt durch den Druck öffentlich bekannt gemacht wurde *), diese schöne Sitte ausdrücklich in den Worten bestättiget: „Solche Gütergemeinschaft „ist bey dem Hochstifte Bamberg von aller unfürdenklichen Zeit her üblich, und hat dergestalten vernünftige, dem Ehestande selbst gemäße Ursachen zum „Grunde, daß die bambergischen Unterthanen gro„ßen Theils von jeher geglaubt haben, keine wahre „und eigentliche Eheleute zu seyn, wofern sie nicht, „gleichwie Leib und Gemüth, also auch ihr beyder„seitiges Vermögen vereinigten„ **).

III.

*) Der vollständige Titel desselben ist: Des kaiserlichen Hochstifts und Fürstenthums Bamberg verfaßtes Landrecht. Desselben erster Hauptthteil von Civil- oder sogenannten bürgerlichen Sachen handelnd. Bamberg 1769. 4.

**) Bamberg. Landrecht. S. 146. §. 2.

III.

Diese Gütergemeinschaft kann ausdrücklich — durch Verträge, oder stillschweigend -- aus Verordnung der Gesetze entstehen, und letzteres geschieht, wenn die Ehegatten, welche großjährig sind, vom Tage der priesterlichen Einsegnung an Jahr und Tag verstreichen lassen, ohne dieselbe ausdrücklich unter sich zu verabreden, oder auszuschließen, und einen andern Güterstand, deren außer dieser Gütergemeinschaft noch drey durch das Gesetz anerkannt sind, anzunehmen *).

IV.

Unter vielen Wirkungen dieser Gütergemeinschaft kennt schon das gemeine deutsche Recht eine, welche vorzüglich auf den Gegenstand dieser Abhandlung einen Einfluß hat, diese nämlich, daß Kinder, welche bey dem Ableben eines Ehegatten vorhanden sind, in die Stelle des Verstorbenen eintreten, und mit dem überlebenden Ehegatten die seitherige Gütergemeinschaft fortsetzen, welche deshalb die **prorogirte** Gütergemeinschaft genannt wird **).

 Ein

*) B. L. R. S. 151. §. 1.

**) Runde Grundſ. des deutſchen Privatrechts. §. 608.

Ein Rechtssatz, welchen sich auch das bambergische Landrecht in einer ausdrücklichen Verordnung *) vollkommen eigen macht.

V.

Nun wird schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen durch eine zwote Heirath die Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und dessen Kindern aufgehoben **), allein eben alsdann muß eine Vertheilung des gemeinschaftlichen Vermögens unter denselben erfolgen.

Dies geschah auch in den ältern Zeiten, ehe die Vereinkindschaftung bekannt war, entweder in der Art, daß die Kinder vermöge des Verfangenschaftsrechts ***) bey dem Tode eines ihrer Eltern oder bey einer weitern Verheirathung die sämtlichen liegenden Güter ihrer beyden Eltern, oder den größten Theil derselben, zuweilen auch zwey Drittheile des ganzen Vermögens ****) erhielten, oder in der Art, daß kraft

*) S. 213. § 5.

**) Runde § 609. n. 4.

***) Fischer Versuch über die Geschichte der deutschen Erbfolge. S. 233.

****) *Estor* de jure devolutionis. (Jena 1738.) Cap. 1. §. 5.

kraft ihres Miteigenthums das ganze Vermögen unter dem überlebenden Ehegatten und seinen Kindern nach gleichen Theilen vertheilt wurde *).

VI.

Allein eine jede Vertheilung, in welcher Art sie auch geschah, hatte für Eltern und Kinder sehr viel Nachtheiliges; denn das Vermögen, welches ungetheilt den Hausvater in den Stand setzte, sein Gewerbe ordentlich zu treiben, und sich mit seinen Kindern vollkommen zu ernähren, reichte, wo es vertheilt war, nicht mehr zu; so kamen die häuslichen Umstände der Eltern in Verfall, ohne daß den Kindern genützt wurde, weil auch diese von ihren oft geringen Erbportionen sich zu unterhalten nicht vermochten.

Man hatte diese Unbequemlichkeiten lange gefühlt, lange ein Mittel, ihnen zu entgehen, gesucht, bis man es endlich in der Vereinkindschaftung **) fand!

 Den

*) Fischer Erbfolgsgesch. der Seitenverwandten. (Leipz. 1782. 8.) §. 26.

**) Ueber die Vereinkindschaftung überhaupt s. *Georg Henr. Ayrer* Diss. de indole unionis prolium genuina.

Den redendsten Beweis, daß dieses die wahre Entstehungsgeschichte der Vereinkindschaftung in Deutschland sey, liefert das Gesuch des Schultheißens und der Schöffen der kaiserlichen Reichsstadt Frankfurt.

In derselben trifft man schon einzelne Eheverträge in den Jahren 1440 und 1468 an **), worin eine Vereinkindschaftung von den Interessenten verabredet, und vom Stadtmagistrate bestättiget wurde. Dieses Institut wollte der Stadtmagistrat mehr verbreiten, und stellte dem Kaiser Max. I. im Jahre 1494 vor, daß, wenn den Bürgern erlaubt würde, Einkindschaften zu errichten, „dadurch manch Per„sone bey hewßlichen Wesen bleibe, und sich selbs „und seine kinder deſt stattlicher erneren, das sunst, „wo sie auf Verenderung ihres Stats (Standes) „mit iren Kindern zu teilen gedrungen würden, nit „be-

nuina. Goetting 1756. *Benedict. Schmidt* (resp. Schwarzbarth) Diss. de unione prolium, annexa quaestione, an validitas unionis privatae per specialem observantiam probari queat. Ingolst. 1765. Wilh Gottl. Tafinger die Lehre von der Einkindschaft. Nürnberg 1785. 8.

**) Orth Anmerk. zur frankf. Reformation im Anhange der II. Forts. S. 671. 672.

„beschehen möchte,, *). Auf welche Vorstellung diese Reichsstadt vom Kaiser Max. I. die gebethene Erlaubniß erhielt.

Die Vereinkindschaftung ist demnach wirklich deutschen Ursprungs, und ein Institut, welches sich an die, den Römern ganz unbekannte deutsche Erbfolgeart und Gütergemeinschaft unmittelbar ankettet.

VII.

Ganz entgegengesetzter Meynung ist Tafinger **), indem er behauptet, die Einkindschaft sey in ihrer Entstehung eine Nachahmung der römischen Adoption gewesen, weil beyde theils gleiche Erfordernisse hätten, theils in den Statuten mit einander verglichen, theils in den Werken der ältern Rechtsgelehrten als ganz ähnliche Geschäfte behandelt würden.

Allein offenbar hat Tafinger bey dieser Behauptung den Genius des Mittelalters verkannt.

Sehr schön bemerkt hierüber **Pütter** ***), daß jene

*) Orth a. a. O. S. 670.

**) A. a. O. §. 5—19.

***) Beyträge zum deutschen Staats- und Fürstenrechte. Th. II. S. 168. ff.

jene ehrwürdigen Männer des sechszehnten Jahrhunderts bey Beurtheilung deutscher Institute wegen Mangel historischer Einsichten von dem wahren Grunde sich entfernten, also nur noch in den Gesetzbüchern umsahen, die sie für die einzigen Quellen aller Rechte hielten, ob nicht aus eben denselben noch Entscheidungsgründe herzunehmen seyen, wodurch sich manches deutsche Institut noch retten ließ. — So wurde, um die Gültigkeit der Erbverträge deutscher Fürsten zu beweisen, von den Rechtsgelehrten des Mittelalters das römische Recht *) angeführt, und unsere Personen vom hohen Adel mit einem römischen **miles** wegen ihrer Eigenschaft als Vasallen verglichen; gleiches Schicksal hatte die deutsche Landeshoheit, die eheliche Gütergemeinschaft, Leibeigenschaft und andere Dinge mehr, und es ist begreiflich, daß auch die Vereinkindschaftung kein besseres Loos traf!

So mußte denn der nämliche Irrthum auf die statuarischen Rechte übertragen werden, weil auch diese von den damaligen Rechtsgelehrten verfaßt wurden!

So wenig nun irgend ein neuerer Schriftsteller den Ursprung unserer Landeshoheit und der deutschen Erb=

*) L. 19. C. de pactis.

Erbverbrüderungen aus dem römischen Rechte herleitet, so wenig kann man Tafingers Meynung beypflichten; besonders da die ältern Rechtsgelehrten *) die römische Adoption und die deutsche Vereinkindschaftung als verschiedene Geschäfte behandelten, ob sie gleich wegen einigen Aehnlichkeiten beyde mit einander verglichen haben **).

VIII.

*) Selbst Gail, auf den sich Tafinger beruft, sagt in s. Observat. Lib. II. obs. 125. „Ex facto quaerebatur, utrum conjunctiones sive uniones prolium „(vulgariter die Einkindschaft) de jure subsistant? „Hujusm di uniones prolium passim in Germania „aliisque provinciis *consuetudine* receptae vel statuto comprobatae sunt. Ratio dubitandi ex jure „communi desumitur, quo pacta futurae successionis, praesertim acquirendae adeo improbata „sunt, ut ne jurata quidem valeant.„ — Nun fährt er erst fort, die Gültigkeit dieses deutschen Instituts auch nach römischen Rechte zu retten, und vergleicht es mit der römischen Adoption in den Worten: „Quemadmodum in *simili*, in adoptionibus et arrogationibus, quae naturam imitantur, et cum „hoc unionis contractu *comparari possunt*.„

**) *Justus Veracius* in s. angeführten Consuetud. Bamberg. sagt sehr schön: „Unio prolium *videtur* hodie apud nos Germanos id esse, quod olim apud „Romanos adoptio aut adrogatio fuit.„ Sieh bey Ludewig a. a. O. S. 972.

VIII.

Im Allgemeinen nenne ich Einkindschaft, unio prolium, mit Runde *) jenen Vertrag, wodurch Kinder aus verschiedenen Ehen gegen die vereinigenden Eltern der künftigen Erbfolge wegen in das Verhältniß rechter Kinder eingesetzt werden.

An diesem Begriffe hat aber das bambergische Landrecht höchst wesentliche Veränderungen durch den Unterschied zwischen der vollkommenen und unvollkommenen Vereinkindschaftung gemacht, und Begriffe mit diesen Worten verbunden, welche sowohl in Lehrbüchern über das allgemeine deutsche Privatrecht, als in einzelnen Landesverordnungen selten anzutreffen sind.

IX.

Wenn nämlich in der ersten Ehe Gütergemeinschaft vorhanden war, und der überlebende Ehetheil mit seinen Kindern ersterer Ehe das Vermögen nicht theilt; so sind zween Fälle denkbar. Entweder erhalten 1) die Kinder aus der ersten Ehe mit jenen, die aus der zwoten Ehe erzeugt werden, ein gleiches Erbrecht auf das Vermögen ihres gemeinschaftlichen Ascen-

*) §. 673.

Ascendenten, er mag es nun bey der ersten Ehe schon besessen, oder erst während der zwoten Ehe erworben haben, ohne daß der stiefelterliche Theil in die Gütergemeinschaft mit aufgenommen würde. — Oder 2) nebst der Vereinkindschaftung der Kinder vermischen auch die wieder heirathenden Eltern ihr Vermögen mit jenem des zweyten Ehegatten. Das erste bildet die unvollkommene *), das letzte die vollkommene **) Vereinkindschaftung.

X.

Zwischen diesen beyden Arten der Vereinkindschaftung ist der wesentliche Unterschied, daß a) die vollkommene Vereinkindschaftung nicht nur zwischen den Kindern aus verschiedenen Ehen und ihrem gemeinschaftlichen Ascendenten vorgehet, sondern bey derselben der nun hinzukommende stiefelterliche Theil Compaciscent ist, und b) bey derselben in die Gemeinschaft vollkommen miteintritt, somit auch c) alle Kinder durch dieselbe ein gleiches Recht an dem Vermögen ihrer beyden itzigen Eltern erhalten, ohne Unterschied, ob es von ihren rechten, oder von den Stief-

*) L. R. S. 234. §. 6.

**) L. R. S. 256. §. 1.

Stiefeltern herkomme. Wohingegen die unvollkommene a) nur unter den Kindern und ihrem natürlichen Ascendenten vorgehet, b) bey welcher als wesentlich vorausgesetzt wird, daß der ersteheliche Theil mit dem zweyten Ehegatten eine Gütergemeinschaft nicht errichte, weshalb c) die ersteheliche Kinder gar kein Erberecht auf das Vermögen des zweyten Ehegatten erhalten, sondern dieses nach den Grundsätzen des römischen Rechtes nur seinen wahren natürlichen Kindern, oder in deren Ermanglung seinen Erben zufällt.

XI.

Indessen darf man doch diese unvollkommene Vereinkindschaftung nicht für eines und dasselbe mit dem Grundsatze des römischen Rechtes *) ansehen, daß, wenn Kinder aus verschiedenen Ehen vorhanden sind, jedes seinen ihm eigenen Ascendenten allein beerbe, dagegen das Vermögen des gemeinschaftlichen Ascendenten in gleiche Theile unter seinen Kindern

*) *Koch* Success. ab intestato civil. §. 24. drückt die Regel sehr schön aus in den Worten: „Descendentes „in successione concurrentes — nati ex diversis „matrimoniis — si unio prolium inita non est — „*communi* parenti *communiter*, *proprio* vero parenti „separatim singuli succedunt.„

Kindern vertheilt werde; obgleich die unvollkommene Vereinkindschaftung mit diesem römischen Rechtsgrundsatze einige Aehnlichkeit hat. Denn 1) bey dieser unvollkommenen Vereinkindschaftung wird vorausgesetzt, daß in der vorigen Ehe, aus welcher Kinder vorhanden sind, die bambergische Gütergemeinschaft statt gefunden habe, wie dies schon die Ueberschrift dieses Titels im Landrechte *) bewährt; diese Voraussetzung fällt bey dem angeführten Satze des römischen Rechtes hinweg. 2) Der Satz des römischen Rechtes giebt den Kindern nur ein Erbrecht, aber kein Miteigenthum, welches noch bey Lebzeiten der Eltern wirksam wäre; aber diese unvollkommene Vereinkindschaftung versetzt die Kinder in eine Gemeinschaft des Vermögens mit den Eltern, kraft welcher von den Eltern ohne Beystimmung der Kinder keine Handlung gültig vorgenommen werden kann, welche zu ihrer Gültigkeit den Consens des andern Ehegatten während der Gütergemeinschaft unter den Ehegatten erfodert **), wohin besonders

Bürg-

*) „Von Wittibern oder Wittwen, so mit dem verstorbenen Ehetheil die bamberg. Gütergemeinschaft gehabt„ L R S. 232.

**) L. R. S. 217. §. 17. 18.

Bürgschaften und Schankungen zu rechnen sind. 3) Ueberdies aber fällt die Befugniß der Eltern, ihre Kinder aus rechtmäßigen Ursachen, zu enterben, welche die Eltern nach römischem Rechte auch in Ansehung ihrer erstehelichen Kinder haben, bey der unvollkommenen Vereinkindschaftung eben so gut, als bey der vollkommenen hinweg *).

XII.

Mein Zweck ist es nicht, die Lehre von der Vereinkindschaftung in ihrem ganzen Umfange hier darzustellen; ich werde vielleicht in der Folge noch einige Beyträge zur Erläuterung dieser Lehre liefern. Jetzt hebe ich aus derselben nur die Frage aus: **was wirkt der Tod eines Ehegatten auf die Vereinkindschaftung?** — Weil ich über diese Frage bey jenen Schriftstellern, welche die Lehre von der Vereinkindschaftung bearbeiteten, wenig Befriedigendes fand, und selbst das bambergische Landrecht, so gut es auch sonst diesen Gegenstand behandelt, in dieser Frage nicht ganz bestimmt und deutlich spricht, daher höchst wichtige Zweifel veranlaßt; wie mich ein sehr merkwürdiger Rechtsfall, den ich

*) L. R. S. 276. §. 21.

ich am Ende der Abhandlung meinen Lesern vorlegen werde, überzeugt hat.

XIII.

Ehe ich zur Sache selbst schreite, will ich die ganze Lehre, wie die Vereinkindschaftung aufhört, nach dem im bambergischen Landrechte aufgestellten Systeme in einer Tabelle vorlegen. — Sie wird den Beweis liefern, daß dieser Gegenstand in dem bambergischen Landrechte vollständig und in einer sehr natürlichen Ordnung abgehandelt sey.

Die Vereinkindschaftung hört auf

A) bey noch fortwährender zwoten Ehe

1) so, daß sie für nicht geschehen geachtet wird, und ihre Beendigung auf jene Zeit zurückwirkt, wo sie eingegangen wurde

a) wegen mangelhaftem Einbringen eines, oder des andern Theils (Landr. S. 280.).

b) Wenn die Kinder gegen die Vereinkindschaftung sich in den vorigen Stand wieder einsetzen lassen (Landr. S. 284.).

2) Ohne die zurückwirkende Kraft

a) durch Scheidung von Tisch und Bette (Lr. S. 294.).

b) Wenn das gemeinschaftliche Vermögen durch Verschwendung eines Ehegatten, oder durch andere Wege vermindert wird (Lr. S. 302.).

B) Bey Trennung der zwoten Ehe

1) wenn der ersteheliche Theil überlebt (Landrecht S. 307.).

2) Wenn der Ehetheil zwoter Ehe überlebt (Lr. S. 315.).

XIV.

Unter allen diesen in der vorstehenden Tabelle bemerkten Arten, eine Vereinkindschaftung zu beendigen, beschäftige ich mich bloß mit der zwoten, unter dem Buchstabe B. vorgetragenen Frage: was wirkt die Trennung der zwoten Ehe durch den Tod eines der Ehegatten auf die Vereinkindschaftung?

Gehet man bey dieser Frage von allgemeinen Grundsätzen aus; so wird zwar der hinterlassene Ehegatte zur Theilung mit seinen Kindern verbunden, wenn er den Wittwenstuhl verrückt *); aber außer diesem

*) S. A. Lange von der Gemeinschaft der Güter unter den Eheleuten. Kap. 8. §. 7. S. 247. *Puffendorf* Tom. 3. obs. 114. §. 3. *Ayrer* de indole unionis prolium. §. 15.

diesem Falle ist der Tod eines Ehegatten durchaus keine Art, die Vereinkindschaftung zu beendigen, ohne Unterschied, ob der erste oder zweyte Ehegatte verstirbt. Beyde Ehegatten sind vermöge des Vereinkindschaftsvertrags im rechtlichen Verstande wahre Eltern aller Kinder, sie mögen nun aus der ersten oder aus der zwoten Ehe erzeugt seyn. So entschieden es daher ist, daß bey dem Tode des einen Ehegatten die Kinder in die Stelle des Verstorbenen eintreten, und mit andern die Gütergemeinschaft fortsetzen (§. IV.), eben so scheint mir dieses in Ansehung der Vereinkindschaftung richtig zu seyn, und nach allgemeinen Grundsätzen findet nun bey den vereinkindschafteten Kindern eine prorogirte Vereinkindschaftung, wie unter dem überlebenden elterlichen Theile und Kindern bey der ersten Ehe eine prorogirte Gütergemeinschaft statt *).

*) Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle von den Verfassern der neuesten juristischen Literatur (Gmelin und Elsässer). Frankfurt und Leipzig 1777. 8. Band 1. S. 193. u. ff. Von Selchow Rechtsfälle Band 3. (Lemgo 1784. 4.). S. 131. n. 2.

XV.

Aber das bambergische Landrecht stellt andere Grundsätze auf. Wenn die zwote Ehe, bey welcher die Vereinkindschaftung geschah, getrennt wird; so unterscheidet es zween Fälle; es stirbt nämlich der Ehegatte ersterer Ehe, und hinterläßt den Stiefvater oder die Stiefmutter in Ansehung der vereinkindschafteten Kinder — oder der stiefelterliche Theil stirbt, und jener Ehegatte überlebt, der in Ansehung aller vorhandenen Kinder natürlicher Vater ist. — Im letzten Falle harmonirt die Verordnung des Landrechtes *) ganz mit dem gemeinen Rechte (§. XIV.); es bleibt also bey dem in der Natur der Sache begründeten Satze, daß auch da die Kinder mit ihren Eltern die Gütergemeinschaft, als eine Folge der Vereinkindschaftung fortsetzen.

XVI.

Aber im ersten Falle verhält sich die Sache ganz anders, das Landrecht enthält hierüber folgende ganz deutliche Verordnung: „In dem Augenblicke, als „der Ehegatte erster Ehe verstirbt, und nebst den „aus dieser ersten Ehe erzeugten (vereinkindschafte-

„ten)

*) Landr. S. 30. und 8. §. 1. 2.

„ten) Kindern den Stiefvater oder die Stiefmutter „hinterläßt, hört zwischen diesen und ihren Stiefkin„dern in der Regel die vorige Vereinkindschaftung „auf, und den Stiefeltern und Stiefkindern sind „ihre Portionen am gemeinschaftlichen Vermögen so„gleich und ipso jure, das ist, ohne weitere Er„klärung zugefallen„ *).

In den Grund dieser gesetzlichen Bestimmung läßt uns der Commentar über das bambergische Landrecht, welchen der Referens, der verstorbene geheime Rath und Lehenprobst **Hannauer**, unter öffentlicher Authorität zum Drucke beförderte, ganz hineinsehen **). Der Gesetzgeber glaubte nämlich, daß die Kinder einer stäten Gefahr der Verletzung ausgesetzt wären, wenn man sie zwänge, mit den Stiefeltern eine Gemeinschaft fortzusetzen, indem das Vermögen in den — immer unsichern Händen der Siefeltern eben nicht zum Besten verwahrt wäre.

*) Landr. S. 315. §. 1.

**) *Hannauer* Comment. systemat. in juris princip. Bamberg. partem primam principalem. (Bambergae 1769. 4.) p. 379.

XVII.

So ist es denn ungezweifelt, daß das bambergische Landrecht eine, sonst nicht eintretende Regel aufstelle: mit dem Tode des Ehegatten ersterer Ehe hört die Vereinkindschaftung zwischen den Kindern ersterer Ehe und dem überlebenden Stiefvater oder Stiefmutter ipso jure auf! — Das Landrecht drückt aber diese Regel recht energisch aus. — 1) Es liegt nichts daran, ob zweyteheliche Kinder vorhanden sind, oder nicht, 2) eben so wenig kömmt es darauf an, ob die Kinder großjährig, oder minderjährig seyen, 3) auch einer besondern Erklärung bedarf es nicht, die Beendigung folgt schon vermöge der Gesetze (ipso jure).

XVIII.

Fruchtbar sind die Folgen, welche aus dieser Regel fließen, denn wenn gleich die Theilung nach dem Tode des erstern Ehegatten noch nicht angegangen wurde; so wird es doch in Ansehung der Folgen eben so angesehen, als ob die Theilung wirklich erfolgt wäre. Wir sehen dieses an zweyen Stücken. Erstens an dem, was einem Theile vor dem wirklichen Theilungsvollzuge anfällt; denn wenn der stiefelterliche

Theil

Theil in der Zwischenzeit, das ist, vor wirklich vollzogener Theilung etwas anderswoher, nicht aus dem gemeinschaftlichen Vermögen erlangt; so bleibt es sein eigenes Gut, an dem die vereinkindschafteten Stiefkinder kein Recht haben, wenn nicht bereits zur Zeit der annoch bestandenen zwoten Ehe ein gegründetes Recht dazu vorhanden war. — Zweytens an der Erbfolge, wenn in der Zwischenzeit der noch nicht angegangenen oder vollzogenen wirklichen Theilung der stiefelterliche Theil, oder eines der Kinder verstirbt. — Stirbt 1) der verwittibte Ehetheil; so kann er über seine ihm angefallene Portion einen letzten Willen errichten, und wenn er dies unterläßt; so fällt diese ganz seinen leiblichen Kindern, in deren Ermanglung aber seinen nächsten Anverwandten nach gemeinen Rechten zu; die Stiefkinder haben aber hieran, wenn sie von den Stiefeltern nicht ausdrücklich bedacht wurden, gar kein Recht *). Stirbt 2) eines der Stiefkinder; so kann es darüber vollkommen nach Gefallen disponiren, denn die ihm angefallene Portion ist sein vollkommen eigenes Gut geworden; des abgelebten Stiefvater oder Stiefmutter hat hieran kein Intestaterberecht **).

*) Landr. S. 316. §. 3.
**) Landr. S. 317. §. 7.

XIX.

Indessen hat denn doch diese Regel ihre Ausnahmen, welche eben dieses Gesetz anerkennt. Die erste Ausnahme hat der Schwierigkeiten wenige. Wenn schon vorhinein in den Ehepacten, oder sonst verbindlich verabredet worden, daß das Vermögen in so lange unvertheilt und unirt bleiben solle, bis beyde Eltern verstorben sind; so dauert auch zwischen dem überlebenden stiefelterlichen Theile und den Kindern ersterer Ehe die GG. mit allen ihren Folgen fort *). Nur muß 1) ausdrücklich die Fortdauer der GG. auf den vorliegenden Fall verabredet worden seyn; denn Ausdrücke, welche nur im Allgemeinen von Fortdauer, Unverbrüchlichkeit rc. der Vereinkindschaftung sprechen, sind immer so auszulegen, als ob der Fall der vor Absterbens des ersten Ehegatten ausgenommen wäre **). Aber auch 2) im Falle einer hierüber getroffenen ausdrücklichen Verabredung können die Stiefkinder, wenn der stiefelterliche Theil das Vermögen in merkliche Abnahme gerathen ließe, oder sich überhaupt nicht, wie es eingesetzten rechten Eltern gebührt, verhielte, besonders aber, wenn

*) Landr. S. 319. §. 9.

**) *Hannauer* cit. Coment. p. 380.

wenn er weiters heirathete, auf die Auflösung der Vereinkindschaftung dringen; und eben so ist 3) der stiefelterliche Theil zur Theilung befugt, wenn sich die Stiefkinder nicht als rechteingesetzte Kinder betragen *).

XX.

Weit wichtigeren Zweifeln aber ist die zwote Ausnahme ausgesetzt. Die zwote Ausnahme, wo nach dem Tode des ersten Ehegatten die Vereinkindschaftung fortdauert, entstehet dadurch, wenn die Stiefkinder mit dem stiefelterlichen Theile die Vereinkindschaftung mit wechselseitiger Bewilligung erneuern. Ueberhaupt ist zwischen dem vor angeführten Falle (§. XIX.) und dem gegenwärtigen der Unterschied, daß dort von einem **vorausgehenden** Vertrage die Rede sey, hier aber die Einwilligung der interessirten Theile erst **nachfolge**, nachdem die Vereinkindschaftung schon ipso jure erloschen war — dort hörte sie nie auf — hier muß sie erneuert werden.

Wenn man nun bedenkt, daß Jeder seine Einwilligung zu einem Vertrage ausdrücklich oder stillschweigend geben könne, so muß auch in Ansehung der

*) Landr. S. 319. §. 9.

der durch einen Vertrag zu erneuernden Vereinkindschaftung erwogen werden, welche Folgen aus den zwoen Arten, seine Einwilligung zu geben, hierinfalls entstehen.

XXI.

Wenn es A) ausdrücklich geschehen soll; so ist wohl unverkennbar, daß 1) eben darum, weil hier von einer Erneuerung eines ipso jure erloschenen Vertrages die Rede ist, die wechselseitige Einwilligung aller Interessenten, des Stiefvaters und des Stiefkinder nöthig sey *); da es nun 2) eine Handlung von großem Präjudize ist; so ist der Unterschied, den das Landrecht in eben dieser Stelle zwischen großjährigen und minderjährigen Kindern macht, der Natur der Sache ganz angemessen. Großjährige können also schon durch ihre Einwilligung, ohne alle Einwirkung einer Obrigkeit die vorige Vereinkindschaftung erneuern. Bey den Minderjährigen aber muß die Obervormundschaft alle Umstände genau prüfen, und nur dann kann sie diese Erneuerung billigen, wenn es zum offenbaren Nutzen der Kinder gereicht.

XXII.

*) Landr. S. 319. §. 10.

XXII.

B) In Ansehung einer stillschweigenden Fortsetzung der Vereinkindschaftung ist aber alles streitig, weil weder das Landrecht, noch der Commentar eine ganz deutlich und bestimmt sprechende Stelle hierüber enthält. — Streitig ist es, ob sie nur stillschweigend fortgesetzt werden könne. — Streitig, wann man sie als stillschweigend fortgesetzt ansehen könne.

XXIII.

Ich will zuerst meinen Lesern die Worte des Gesetzes selbst vorlegen, ehe ich zur Auslegung derselben schreite. In dem zweyten Theile, viertem Capitel, zweytem Titel werden die Rechte der Vereinkindschaftung zwischen dem überlebenden Ehetheile zwoter Ehe und den vereinkindschafteten Kindern abgehandelt, vom 1. bis 8. §. die oben (§. XVII.) vorgetragene Regel mit allen ihren Folgen festgesetzt, sodann im §. 9. von den Fällen gehandelt, in welchen die Vereinkindschaftung ausnahmweise nach dem Tode des ersten Ehegatten fortdauern soll; hier wird nun die oben (§. XIX.) angegebene erste Ausnahme, sodann im 10. §. die zwote Ausnahme, von der

der ich schon (§. XXI.) handelte, angeführt, und der Uebergang zu den hieraus fließenden Rechten im §. 11. in den Worten gemacht: „Ungeachtet dessen, „daß (§. 11.) eine neuerliche Vereinkindschaft „vorgegangen, oder die vorige fortgesetzt wor„den, werden dadurch die Stiefeltern und Stief„kinder in derjenigen Habschaft, so sie außer Ge„meinschaft besitzen, einander weder zu Intestat„noch weniger aber zu Notherben. Ingleichen zieht „der stiefelterliche Theil von dem eigenen Vermögen „der minderjährigen Stiefkinder ordentlicher Weise „keine Nutznießung — ausgenommen, es wäre zur „Zeit der Vereinkindschafts-Erneuerung, oder „nachhero von der Obervormundschaft ein anderes „verordnet worden.„

XXIV.

Der Commentar dieses Landrechts enthält über diese Stelle nicht eine Sylbe, woraus man in Auflösung der vorliegenden Frage erleichtert würde; man muß daher zu andern Auslegungsmitteln seine Zuflucht nehmen; ich erörtere deshalb zuerst die Frage, ob eine Vereinkindschaftung stillschweigend fortgesetzt werden könne, und gehe sodann auf die andere

dere Frage über, wann man sie als stillschweigend fortgesetzt ansehen müsse?

XXV.

Hier ist nun wohl niemand unbekannt, daß bey Verträgen die stillschweigende Einwilligung so viel, als die ausdrückliche wirke. Das gemeine Recht sagt dies mit Beystimmung des Naturrechts so deutlich, daß dieser Satz gar keines Beweises bedarf. — Dieser Satz muß auf die vorliegende Frage um so stärker wirken, als nur von einer Fortsetzung eines schon vorhandenen Vertrages die Rede ist, welche noch viel leichter, als ein ganz neuer Vertrag geschehen kann. Somit muß auch bey der Vereinkindschaftung dieser allgemein anerkannte Rechtsgrundsatz so lange wirksam bleiben, bis man eine Stelle des bambergischen Landrechtes vorlegen kann, worin dieser stillschweigenden Einwilligung ihre Kraft benommen, und das gemeine Recht aufgehoben wird.

XXVI.

In dem ganzen Provinzialcodex existirt eine solche Stelle nicht, denn die Verordnung desselben, daß auch vor angegangener Theilung die Vereinkindschaf-

schaftung ipso jure für aufgehoben anzusehen sey, enthält nur die Regel, aus derselben können demnach die Ausnahmen nicht bestimmt werden; immer aber folgt aus dieser Verordnung nur dieses, daß man bloß in der Unterlassung der Vertheilung die Einwilligung in die Fortsetzung der Vereinkindschaftung nicht suchen dürfe, was ich bey der zwoten Frage selbst näher entwickeln werde; keineswegs aber liegt in diesem Gesetze, daß der stillschweigenden Einwilligung ihre Kraft benommen sey.

XXVII.

Vielmehr zeigt es sich durch die oben (§. XXIII.) wörtlich eingerückte Landrechtsstelle, daß das Landrecht die Gültigkeit einer stillschweigend fortgesetzten Vereinkindschaftung anerkenne.

Diese Stelle wiederholt die Fälle, in welchen eine Vereinkindschaftung fortdauert, und drückt dies so aus: „Daß eine neuerliche Vereinkindschaft „vorgegangen, oder die vorige fortgesetzt wor„den.„ Offenbar ist es demnach, daß die Vereinkindschaftung nach getrennter zwoten Ehe durch Einverständniß des Stiefvaters und seiner Stiefkinder selbst nach dem Buchstaben des bambergischen Landrechts

rechts in zween Fällen fortdauern soll, und zwar 1) wenn eine neue Vereinkindschaftung vorgegangen, 2) wenn die vorige fortgesetzt worden.

Schon das Wörtchen „oder„, welches diese Landrechtsstelle zwischen beyden Fällen absichtlich einschaltet, zeigt, daß es zween verschiedene Fälle seyen, und nach dem ganzen Baue dieses Perioden, nach dem Sinne der hier gebrauchten Worte läßt sich's hieran gar nicht zweifeln.

XXVIII.

Alles kömmt also darauf an, was man unter einer Erneuerung — was unter Fortsetzung der Vereinkindschaftung verstehen müsse?

Ich glaube, daß unter dem Worte Erneuerung eine ausdrückliche Erneuerung — unter dem Worte Fortsetzung eine stillschweigende Fortsetzung zu verstehen sey; daß also die Vereinkindschaftung stillschweigend fortgesetzt werden könne.

XXIX.

Die Richtigkeit meiner Interpretation ergiebt sich aus dem Sprachgebrauche, nach welchem mit

den oben angegebenen Worten keine anderen, als die von mir angezeigten Begriffe verbunden werden.

Erneuerung eines Vertrages heißt wohl nichts anders, als eine **ausdrückliche** Verabredung über die Fortdauer eines Vertrages — **Fortsetzung** aber eine durch **Handlungen**, ohne ausdrückliche Verabredung erklärte Einwilligung in die Fortdauer desselben.

So gewiß nun jener, der sich genau und richtig auszudrücken weiß, bey einem Pachte, den er nach geendigter Pachtzeit mittelst eines ausdrücklichen Vertrages abermal übernimmt, sagen wird, er habe den Pachtcontract **erneuert** — den Pacht aber **fortgesetzt**, wo ohne ausdrückliche Verabredung etwa nur eine **relocatio tacita** vorhanden war; eben so muß man bey der Vereinkindschaftung zwischen einer erneuerten — und fortgesetzten unterscheiden, weil auch sie ein Vertrag ist.

XXX.

Von dem Gesetzgeber muß man jedesmal vermuthen, daß er mit den Worten jenen Begriff verbinde, den ihnen der Sprachgebrauch beylegt, und

daß

daß er sich richtig und genau ausdrücke; schon dies beweiset es also, daß mit den Worten des Landrechtes „Erneuern — oder — Fortsetzen„ kein anderer Sinn, als der angegebene (§. XXVIII.) verbunden werden könne.

Ueberdies beweiset noch der Schluß eben dieser Landrechtsstelle, daß es die beyden Ausdrücke in dem angezeigten richtigern Verstande (§. XXVIII. u. ff.) gebraucht habe. Indem es nämlich im Eingange des §. 11. ganz allgemein von der Fortsetzung der Vereinkindschaftung sowohl unter großjährigen, als unter minderjährigen Stiefkindern handelte, und hiebey die Worte brauchte, mit deren Interpretation ich mich beschäftige, bestimmt es die Rechte des Stiefvaters auf die Nutznießung von dem eigenen Vermögen seiner Stiefkinder, und spricht ihm diese ab, macht jedoch eine Ausnahme in den Worten: „Ausgenommen, es wäre zur Zeit der Vereinkind„schaftserneuerung, oder nachhero von der Ober„vormundschaft ein anderes verordnet worden.„

Hier spricht das Landrecht nur von einer Erneuerung, und der Fortsetzung gedenkt es gar nicht. Dies begründet sich in dem, daß bey Minderjähri-

 gen

gen in der Regel eine ausdrückliche Erneuerung nothwendig ist: folglich von einer, durch Handlungen stillschweigend fortgesetzten Vereinkindschaftung keine Rede seyn kann; es beweiset aber auch offenbar, daß nicht nur Fortsetzung und Erneuerung zwey verschiedene Dinge seyen, sondern auch, daß selbst nach dem Sinne des Landrechtes eine Erneuerung ausdrücklich — eine Fortsetzung stillschweigend geschehe.

XXXI.

Auch kann man keineswegs behaupten, die stillschweigende Einwilligung sey in Rücksicht auf Vereinkindschaftung eine dem Landrechte unbekannte Sache; vielmehr findet man in demselben *) klar verordnet, daß bey minderjährigen Kindern, welche in der Regel nur mit Vorwissen und Erkenntniß der Obrigkeit vereinkindschaftet werden können **), dennoch eine stillschweigende Vereinkindschaftung vorhanden seyn solle, wenn wider den Inhalt dieser Verordnung über den Güterstand solcher erstehelichen minderjährigen Kinder von den Eltern entweder gar nichts, oder doch ohne Vorwissen der Obervormundschaft

*) Landr. S. 258. §. 7.

**) Landr. S. 236. §. 11. 12.

schaft etwas verabredet worden, und Jahr und Tag von der Zeit der priesterlichen Trauung verstrichen ist; doch mit der Beschränkung, daß die minderjährigen Kinder jeden hieraus entstehenden Schaden durch die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von sich abwenden können. Eine Verordnung, welche schon Veracius *) als ein altes vaterländisches Gewohnheitsrecht ganz deutlich bemerkt.

Wenn nun altes bambergisches Gewohnheitsrecht und das Landrecht sogar in Ansehung der Minderjährigen eine stillschweigende Entstehung der Vereinkindschaftung anerkennt; so ist es dem Geiste dessel-

ben

*) Justus Veracius a. a. O. Tit. Unio prolium quaest. 2. bey Ludewig a. a. O. S. 973. sagt: „Sin vero „nec liberorum testatus consensus, nec magistratus „et consanguineorum auctoritas interveniat, per„gant tamen conjuges et liberi integro anni spa„tio eodem tecto et mensa in commune vivere, „neque alterutra partium ad divisionem provocet, „aut communioni reclamet, tum consuetudo pa„triae inter parentes et liberos unionem prolium „tacito partium consensu introductam intelligit, „eamque tanti roboris atque virium vult esse, ac „ea solet, quae solenni consensu liberorum aut „consanguineorum authoritateque magistratus in„stituta fuit.„

ben gewiß angemessen, daß unter Großjährigen eine schon vorhandene Vereinkindschaftung stillschweigend fortgesetzt werden könne.

XXXII.

Nicht wenigern Zweifeln ist die zwote Frage, die ich nun erörtere, ausgesetzt: Wann man die Vereinkindschaftung zwischen den Stiefeltern und den Stiefkindern als stillschweigend fortgesetzt ansehen könne?

Hiebey geben uns die Natur der Sache und mehrere Verordnungen des bambergischen Landrechts vor allen den Unterschied zwischen großjährigen und minderjährigen Stiefkindern an die Hand.

Bey den Minderjährigen genügt zur ausdrücklichen Fortsetzung der Vereinkindschaftung deren Einwilligung bey weitem nicht, sondern es wird eine Untersuchung und Einwilligung der Obervormundschaft hiezu erfodert *), eben deshalb kann auch ihre durch Handlungen an den Tag gelegte Einwilligung in die Fortdauer der Vereinkindschaftung keine rechtliche Wirkungen hervorbringen.

XXXIII.

*) Landr. S. 319. §. 10. s. oben §. XXI.

XXXIII.

Dieser Grund tritt bey den Großjährigen keineswegs ein, bey diesen sind also zur stillschweigenden Fortsetzung der Vereinkindschaftung schon solche Handlungen nothwendig, aus denen man mit Gewißheit auf die Einwilligung in die Fortdauer der Vereinkindschaftung schließen kann (facta concludentissima).

Daher ist es a) zu dem Beweise dieser Einwilligung keineswegs hinreichend, wenn man etwa nach dem Tode des erstehelichen Theils die wirkliche Vertheilung des gemeinschaftlichen Vermögens noch nicht angefangen hatte; sondern es müssen b) nebst diesem noch besondere Handlungen vorgegangen seyn, aus welchen die Absicht der Interessenten, die vorige Gemeinschaft und Vereinkindschaftung fortzusetzen, deutlich hervorleuchtet; indem nun c) dies alles auf Handlungen beruhet, und eine Abweichung der gesetzlichen Regel (§. XVI. XVII.) bezielet, so liegt jenem der Beweis auf, der sich als Kläger, oder Beklagter auf diese stillschweigende Einwilligung beruft.

XXXIV.

Daß der Beweis, den ich fodere, schwer sey, sehe ich wohl ein; indessen hat schon jeder Beweis der stillschweigenden Einwilligung, eben weil man ganz bindende Handlungen erfodert, große Beschwerden, ohne daß man deshalb die rechtlichen Wirkungen derselben in Zweifel ziehen kann. — Um aber auch über die Möglichkeit dieses Beweises zu sprechen, will ich dies bemerken. Denke man sich den Fall, der Stiefvater lebt nach dem Tode der Mutter dieser vereinkindschafteten Kinder mehrere Jahre lang mit seinen Stiefkindern fort; sie sind großjährig, leben mit ihrem Stiefvater in der besten Harmonie, besorgen mit ihm in schöner häuslicher Zufriedenheit alle häuslichen Geschäfte, bestellen die Felder, ärndten die Früchten, kaufen von dem errungenen Gelde noch mehr Ackerland, und keiner der Interessenten denkt an eine Vertheilung dieses gemeinschaftlichen Vermögens. — Vermag einer meiner Leser an dem Willen dieser Menschen, die vorige Gemeinschaft fortzusetzen, auch nur im mindesten zu zweifeln?

XXXV.

Das beste wäre es wohl, wenn allen diesen Zweifeln und Schwierigkeiten der Gesetzgeber durch eine nähere Bestimmung dieses Punctes ein Ende machte. Bey solchen Dunkelheiten sind immer Processe unvermeidlich, welche eben der Ungewißheit wegen — zum größten Nachtheile der Unterthanen sehr leicht verewiget werden können; und hier würde ich als Gesetz vorschlagen, daß, wenn Jahr und Tag, vom Tage der getrennten Ehe an gerechnet, verstrichen wäre, ohne daß entweder die Vertheilung wirklich angegangen, oder wenigstens wider die Fortdauer der Vereinkindschaftung von einem Interessenten eine Verwahrung eingelegt worden wäre, welche von dem Gerichte dem andern Theile zu insinuiren ist, die vorige Vereinkindschaftung für stillschweigend fortgesetzt angesehen, innerhalb Jahr und Tag aber auf eine stillschweigende Einwilligung gar keine Rücksicht genommen werden solle.

Dieser Zeitraum von Jahr und Tag ist dem Geiste des Landrechtes vollkommen gemäß, welches

diese Zeitfrist als den gesetzlichen Termin der stillschweigenden Gütergemeinschaft (§. II.) ja sogar der Vereinkindschaftung der minderjährigen Kinder (§. XXXI.) aufgestellet hat.

XXXVI.

Daß bey den minderjährigen Stiefkindern diese stillschweigende Fortsetzung der Vereinkindschaftung nicht existiren könne, habe ich oben (§. XXXII.) ausführlich gezeigt. Indessen überzeugt mich die Analogie des bambergischen Landrechtes, daß auch bey diesen eine stillschweigende, oder vielmehr gesetzliche Fortsetzung der Vereinkindschaftung statt habe. Da nämlich nach dem Landrechte *) in dem oben (§. XXXI.) angemerkten Falle eine stillschweigende Vereinkindschaftung nach Verlaufe Jahr und Tag, im Mangel einer andern gültigen Verabredung entstehet, so halte ich mich zu der Folge berechtiget, daß auch dadurch eine stillschweigende Fortsetzung der Vereinkindschaftung erfolge, wenn der stiefelterliche Theil

*) S. 258. §. 7.

Theil vom Tage der getrennten letzten Ehe an gerechnet, Jahr und Tag lang mit diesen Minderjährigen die vorige Gemeinschaft ohne Darzwischenkunft einer widrigen Handlung fortsetzt.

XXXVII.

Indessen ist diese stillschweigende Fortsetzung der Vereinkindschaftung der minderjährigen von jener der großjährigen Kinder (§. XXXIII. — XXXV.) wesentlich verschieden. Denn a) die letzte beruhet auf einer stillschweigenden — durch Handlungen an den Tag gelegten Einwilligung (consensus tacitus), setzt also die Fähigkeit, durch Einwilligung sich zu verbinden, bey den Interessenten voraus; die erste beruhet unmittelbar auf den Gesetzen, ohne daß einige Rücksicht auf Einwilligung genommen werden kann; b) jene ist also vertragsmäßig (conventionalis), diese gesetzlich (legalis). c) Bey der gesetzlichen kömmt es vordersamst auf den gesetzlichen Termin von Jahr und Tag an, bey der conventionellen hängt von dieser Zeit nichts ab. d) Sollte

Jahr und Tag verstrichen seyn, so liegt bey der gesetzlichen jenem der Beweis einer dazwischen gekommenen widrigen Handlung ob, der sich darauf beruft; wogegen bey der vertragsmäßigen auch nach Jahr und Tag jener die bündigen Handlungen erweisen muß, der sich in derselben begründet (§. XXXIII.). Endlich können e) bey der gesetzlichen die Kinder der Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sich bedienen, welche bey der vertragsmäßigen Fortsetzung größeren Schwierigkeiten ausgesetzt ist.

XXXVIII.

Nach diesen Grundsätzen ist folgender Rechtsfall zu beurtheilen, über welchen von mir ein Gutachten begehrt wurde, und den ich meinen Lesern, weil er die Sache anschaulicher macht, vortragen will.

Margareth Seitzin hatte aus der ersten Ehe zwey Kinder, und schritt nach dem Tode ihres Mannes zur zwoten Ehe mit Johann Weis. Die Kinder ersterer Ehe wurden in dem Ehevertrage mit Bewilligung der Obervormundschaft vereinkindschaftet, und

erreich-

erreichten alle noch bey Lebzeiten ihrer Mutter die Großjährigkeit. Endlich starb sie, und nach ihrem Tode dachten weder der überlebende Stiefvater, noch die Kinder an eine Vertheilung, sondern besorgten noch neun Monate hindurch alles gemeinschaftlich, mit einem Worte, der Tod der Mutter hatte in dem Hause gar keine Veränderung nach sich gezogen Nach dieser Zeit hatte der Vater das Unglück von einem Baume herabzufallen, ohne das Bewußtseyn, somit Testamentsfähigkeit wieder zu erlangen, und so verstarb er, ohne einen letzten Willen zu hinterlassen.

Nun traten seine Geschwistrigen gegen dessen Stiefkinder auf, und foderten den Antheil ihres Bruders, der ihm an dem gemeinschaftlichen Vermögen ipso jure zugefallen sey (§. XVI — XVIII.). Die Kinder behaupteten dagegen, die Vereinkindschaftung und Gemeinschaft des Vermögens sey auch nach dem Tode ihrer Mutter mit ihrem Stiefvater fortgesetzt worden, und beyde hintersetzten zum richterlichen Spruche.

Offen-

Offenbar begründete sich der Antrag des Klägers in dem Gesetze, welches die Theilung ohne alle vorhergehende Erklärung als geschehen annimmt (§. XVI. u. ff.); den Beklagten mußte also der Beweis der im Exceptionssatze angeführten stillschweigenden Fortsetzung der Gütergemeinschaft und Vereinkindschaftung auferlegt werden.

XXXIX.

Von diesem Interlocute wurde an die hochfürstliche Regierung zu Bamberg appellirt, und hierauf von dieser höchsten Stelle unterm 10. October 1794 erkannt: „Seyen Beklagte und Appellaten schuldig, „per facta vere et evidenter concludentia binnen vier Wochen zerstörlicher Zeitfrist coram judice primae instantiae zu beweisen, daß sie mit „ihrem Stiefvater bis zu dessen Tode die Gütergemeinschaft und Vereinkindschaftung fortgesetzt haben.„

Schon der Anblick dieses Erkenntnisses zeigt, daß auch die hochfürstliche Regierung dahier mit der Richter erster Instanz den Satz sich eigen gemacht

habe, die Vereinkindschaftung könne stillschweigend — also durch Handlungen — fortgesetzt werden. Der Beysatz, daß die Handlungen vere et evidenter concludentia seyn müßten, um daraus auf die stillschweigende Fortsetzung zu schließen, ist ein höchst nützlicher, ganz einsichtsvoller Wink für den Unterrichter und die Partheyen, wie sie sich bey Instruirung des bevorstehenden Beweisverfahrens zu verhalten haben; aber auch mit den in dieser Abhandlung vorgetragenen Sätzen (§. XXXIII.) so übereinstimmend, daß ich dieses hochfürstliche Regierungserkenntniß zur Bestärkung meiner Meynung wörtlich einzurücken für nothwendig ansah.

Bamberg,
gedruckt mit Hofbuchdrucker Gertnerschen Schriften.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gönner, Nikolaus Thaddäus,

Juristische Abhandlungen

Bd.: 1

Bamberg (1795)

Bibl.Mont. 4397-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10724914-2
VD18 80343538-001